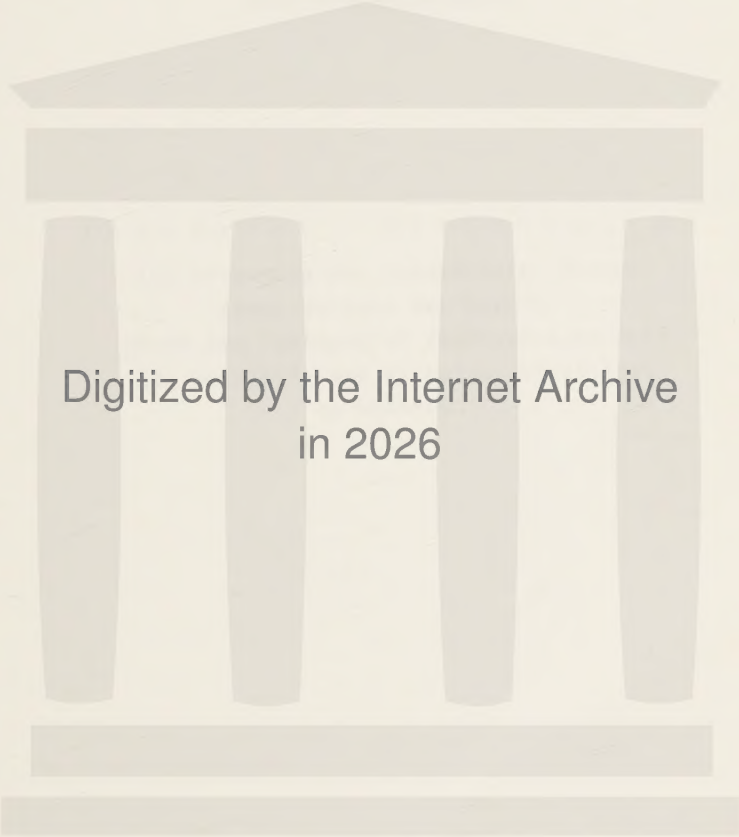


Udo Große-Wentrup

**JURISTISCHE METHODENLEHRE UND RICHTERLICHES
ENTSCHEIDUNGSHANDELN**

1980



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552206_0035

Juristische Methodenlehre und richterliches
Entscheidungshandeln

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
Udo Große-Wentrup
aus Beelen
1980



Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Schmidt
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Battes
Dekan: Prof. Dr. Bernert
Tag der mündlichen Prüfung: 15.2.1980

ÜBERSICHT

	<u>Seite</u>
1. H U N C H	1
2. K A T E G O R I E N U N D M E T H O D E N	17
2.1. ALLGEMEINER RECHTSGRUNDSATZ	17
2.2. ANALOGON	17
2.3. AUSLÄNDISCHES RECHT	20
2.4. BEGRIFFSDOGMATIK	21
2.5. BEGRIFFSFORMALISMUS	22
2.6. BEGRIFFSLOGIK	24
2.7. BEWÄHRTE LEHRE UND OBERLIEFERUNG	25
2.8. EVIDENZ	28
2.9. FOLGEN (im dogmatischen System)	30
2.10. FOLGEN (im sozialen System)	32
2.11. GERECHTIGKEITSERWÄGUNGEN	36
2.12. GESETZ	37
2.13. INSTITUT	40
2.14. INTERESSENABWÄGUNG	41
2.15. KONSENS	45
2.16. KONSTRUKTION	47
2.17. LOGIK	47
2.18. MAXIME	49
2.19. NATUR DER SACHE	49
2.20. PRÄJUDIZ	50
2.21. PRAKTIKABILITÄT	53
2.22. PRINZIP	55
2.23. RECHTSEMPFINDEN	56
2.24. STANDARD	57
2.25. SYSTEM	59

2.26. SYSTEMATIK DES GESETZES	62
2.27. TATSACHEN	63
2.28. TYPUS	64
2.29. OBERHISTORISCHE RECHTSWAHRHEIT	65
2.30. WORTLAUT DES GESETZES	66
2.31. WILLE DES GESETZGEBERS	67
2.32. ZWECK DES GESETZES	69
2.33. ZWECKMÄSSIGKEIT	71
 3. J U R I S T I S C H E M E T H O D E N L E H R E	
3.0. BEGRIFFSEXPLIKATION	72 a
3.1. ALLGEMEINER RECHTSGRUNDSATZ (incl. Maxime, Prinzip, überhistorische Rechtswahrheit)	73
3.2. AUSLÄNDISCHES RECHT	91
3.3. BEGRIFF (incl. Begriffsdogmatik, Begriffsformalismus, Begriffslogik)	93
3.4. DENKFORMEN (incl. Analogon, Typus, Institut)	95
3.5. FOLGENERWÄGUNGEN	117
3.6. GERECHTIGKEITSERWÄGUNGEN	138
3.7. GESETZ (incl. Wortlaut des Gesetzes, Systematik des Gesetzes, Wille des Gesetzgebers, Zweck des Gesetzes)	138
3.8. INTERESSENABWÄGUNG	144
3.9. KONSENS (incl. Evidenz, Rechtsempfinden, bewährte Lehre und Oberlieferung, Präjudiz)	146
3.10. KONSTRUKTION	155
3.11. NATUR DER SACHE	156
3.12. SYSTEM (incl. Logik)	159
3.13. STANDARDS	182
3.14. TATSACHEN	186

E X K U R S

3.15. ZWECKMÄSSIGKEIT UND PRAKTIKABILITÄT	188
3.16. GEWOHNHEITSRECHT	188
4. R I C H T E R L I C H E S E N T S C H E I - D U N G S H A N D E L N	189
4.1. ALLGEMEINER RECHTSGRUNDSATZ (incl. Maxime, Prinzip, überhistorische Rechtswahrheit)	189
4.2. ANALOGON	200
4.3. AUSLÄNDISCHES RECHT	204
4.4. und 4.5. BEGRIFFSDOGMATIK UND BEGRIFFSFORMALISMUS	204
4.6. BEGRIFFSLOGIK	209
4.7. BEWÄHRTE LEHRE UND OBERLIEFERUNG	212
4.8. PRÄJUDIZ	216
4.9. EVIDENZ	225
4.10. KONSENS (incl. Rechtsempfinden)	227
4.11. FOLGENERWÄGUNGEN	234
4.12. SYSTEM	249
4.13. GESETZ	261
4.14. WORTLAUT DES GESETZES	265
4.15. SYSTEMATIK DES GESETZES	267
4.16. WILLE DES GESETZGEBERS	269
4.17. ZWECK DES GESETZES	274
4.18. INTERESSENABWÄGUNG	283
4.19. STANDARDS	289
4.20. TATSACHEN	297
4.21. GERECHTIGKEITSERWÄGUNGEN	301
4.22. NATUR DER SACHE	303
4.23. TYPUS	307
4.24. LOGIK	313
5. Z U S A M M E N F A S S U N G	316

1. HUNCH

Angesichts der immer wieder auftauchenden Forderungen nach realistischer Betrachtung des richterlichen Entscheidungshandelns, nach Bewußtmachung seiner Determinanten und nach Erschließung möglicher Reduktionen von darin liegenden Beliebigkeiten - "Socrates was not all wrong in holding that much which seems wrongdoing is but ignorant doing. Much will be gained when courts have perceived what it is they are doing, and are thus unable to address themselves consciously to doing in the best that they may"¹⁾; "Und doch sehen wir ..., wie unter der Hülle bloßer Gesetzesbefolgung unaufhörlich allgemeinere Ideen des Tages wie einer zeitlosen Gerechtigkeit an den Gesetzen arbeiten, den Richter, oft ohne Bewußtsein von der tieferen Bedeutung des eigenen Tuns, zum stillen Wegbereiter kommender Dinge erhebend"²⁾; "Unabhängig ... ist ein Richter in dem Maße, in dem er sich seiner Abhängigkeit bewußt geworden ist"³⁾ - zielt die vorliegende Abhandlung in ihrem ersten Aspekt auf das richterliche Entscheidungshandeln; in diesem Zusammenhang bieten sich zunächst folgende willkürlich herausgegriffene Forschungsprogramme an.

1.1. Möglich wäre z.B. ein historischer Ansatz mit der Zielsetzung einer Ideenlehre des richterlichen Entscheidungshandelns; dieser würde beginnen mit dem Montesquieuschen "bouche qui prononce les paroles de la loi", ginge dann über Christian Wolff zu der Kabinettsjustiz der frühen Preußenkönige und dem

1) Pound, Theory (1923), S. 959

2) v. Hippel, Richtlinie und Kasuistik (1942), S. 13

3) Schmid, Richter, S. 101

Bestätigungsrecht in Strafsachen Friedrichs des Großen¹⁾, verfolgte dann die Entmündigungsver-
suche des Richterstandes mithilfe der bevormun-
denden Kasuistik der 1914 Paragraphen²⁾ des
Preußischen Allgemeinen Landrechts und des dazu
erlassenen *référé législatif*³⁾, machte dann einen
kurzen Halt an der Puchtaschen Begriffspyramide
(mit der Erkenntnis, daß diese übersteigerte Form
der Begriffsjurisprudenz deren tatsächliche Lei-
stungsfähigkeit zu oft vergessen läßt) und endete
zunächst beim Subsumtionspositivismus Labandscher
Prägung. Dagegen würde er dann die Erkenntnisse
der Freirechtslehre (mit der Bemerkung, daß es
auch dort übersteigerte Positionen gab) von den
volitiven, intuitiven Elementen des Rechtsfindungs-
prozesses und die berühmten *Aperçus* der amerikani-
schen Rechtsrealisten setzen (: "General propositions
do not decide concrete cases"⁴⁾ und "and rules ...
are important to you, so far as they help you see
or predict what judges will do ... That is all their
importance, except as pretty playthings"⁵⁾) und
erreichte über die Interessen- und Wertungsjurispru-
denz und die kurze Naturrechtsrenaissance nach dem
2. Weltkrieg das Phänomen der Flucht des Gesetz-
gebers aus der politischen Verantwortung⁶⁾ und die
heute nicht mehr bestrittene "Elementareinsicht":
"Längst ist erkannt, daß in jedem Akt der Rechts-
findung wertende Elemente, subjektive Gehalte und

1) dazu: Schmidt, E.: Staat und Recht in Theorie
und Praxis Friedrichs des Großen, in: Festschr.
Schultze, Leipzig 1938, S. 89

2) vgl. Kantorowicz, Vorgeschichte, S. 54

3) Dazu: Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 327 ff

4) Holmes, Lochner-Dissent, 198 U.S. 45,75 f

5) Llewellyn, Bramble Bush, S. 14

6) Diederichsen, Die Flucht des Gesetzgebers aus
der politischen Verantwortung im Zivilrecht,
Karlsruhe 1974; (im Zivilrecht!)

Motivationen mitschwingen, die den Richterspruch erkenntnistheoretisch zu einem Akt der Rechtsschöpfung machen"¹⁾; oder: "Kein Jurist ... glaubt heute mehr, daß Normanwendung nichts anderes sei als die 'Subsumtion' eines feststehenden Sachverhalts unter die gleichfalls feststehende Norm"²⁾; oder (noch wichtiger): Die Rechtsfortbildung umfaßt jegliche Interpretation von der einfachen (restriktiven oder extensiven) Auslegung über die Analogie bis zur teleologischen Reduktion³⁾; und zuletzt: "der Sachverhalt ... wird im Hinblick auf die 'anzuwendende' ... Norm zum 'Tatbestand' gestaltet, zurechtgemacht"⁴⁾. Der Mangel dieses ideengeschichtlich orientierten Ansatzes liegt nun darin, daß man nach Abschluß der Untersuchungen zwar weiß, was über richterliches Entscheidungshandeln gedacht worden ist, nicht aber sicher sein kann, daß man auch weiß, wie richterliches Entscheidungshandeln in den genannten Zeiträumen tatsächlich abgelaufen ist.

Das wird unmittelbar einsichtig durch die Nachweise, daß die Rechtsprechung "schon in den letzten Jahrzehnten des vergangenen Jahrhunderts, im Höhepunkt des Positivismus, die gleiche Freiheit und schöpferische Kraft ausgewiesen hat, die sie - im ganzen gesehen - immer noch auszeichnet"⁵⁾ und daß Verfahren der strengen Ableitung (Stichworte: Axiomatik und

1) Rupp, Bindung, S. 1770

2) Larenz, Jurisprudenz, S. 451 (man beachte: "Normanwendung")

3) Larenz, Bindung, S. 292 unter Hinweis auf Wonnegat

4) Dazu schon: Isay, Rechtsnorm, S. 351

5) Merz, Auslegung, S. 344 (für das schweizerische Bundesgericht; für das Reichsgericht s. Esser, Methodik, S. 27, 28)

Begriffsjurisprudenz) "auch in der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jhs. nur ein schmaler Bereich zugestanden" war¹⁾.

1.2. Enttäuscht von der geringen Leistungsfähigkeit dieses historischen Ansatzes könnte man sich daraufhin den unterschiedlichsten Theoriekonzeptionen zuwenden. Man würde dann vielleicht zunächst auf den untauglichen (und heute auch nicht mehr ernstlich unternommenen) Versuch stoßen, mögliche Interessen, Zwecke oder Werte nach Maßgabe von inhärenten, festliegenden Rangbeziehungen in eine Werthierarchie einzubringen²⁾. Dieser Versuch erscheint um so vielversprechender, je häufiger und eindringlicher man die Beobachtung macht, daß über oberste Werte wie Gerechtigkeit, Gemeinwohl, Leben, Hygiene oder Freiheit so ungeheuer rasch und leicht Konsens erzielt werden kann³⁾. Leider können diese aber nur auf höchster Abstraktionsstufe "hemmungslos bejaht werden"⁴⁾ - was den Juristen nicht verwundern kann. Er weiß, daß sich dann, wenn er vor der Notwendigkeit steht, fundamentale, leitende Prinzipien seiner Rechtsordnung (Privatautonomie, Vertrauensgrundsatz) zum Entscheidungskriterium zu machen, vier unüberwindliche Schwierigkeiten ergeben: auch diese Prinzipien gelten nicht ohne Ausnahme und können zueinander in Gegensatz oder Widerspruch treten, sie er-

1) Wieacker, Unstrenge Verfahren, S. 425 (a.a.O., S. 424: "Das umfassendste Paradigma einer strengen Deduktion, die Axiomatik, findet in keiner der mir bekannten Rechtspraxis statt.")

2) vgl. dazu: Luhmann, Positives Recht, S. 183

3) Dreier, Gerechtigkeitsproblem, S. 10

4) Luhmann, Positives Recht, S. 190

heben nicht den Anspruch auf Ausschließlichkeit, sie entfalten ihren eigentlichen Sinngehalt erst in einem Zusammenspiel wechselseitiger Ergänzung und Beschränkung und bedürfen zu ihrer Verwirklichung der Konkretisierung durch weniger abstrakt liegende Grundsätze und Einzelwertungen¹⁾. Es mag nun unter der Zielsetzung einer Reduktion richterlicher Entscheidungsbeliebigkeiten bedauerlich erscheinen, daß Rangstelle und Rangverhältnis der Rechtswerte oder Rechtsgrundsätze nicht in einen festliegenden Ableitungszusammenhang gebracht werden können²⁾; beseitigt wird aber diese Enttäuschung durch die Erkenntnis, daß diese Unmöglichkeit unter "den Bedingungen gestiegener Komplexität des Denkens und der Wirklichkeit" unausweichlich ist: "Soll eine Wertordnung die unterste Schwelle minimaler Komplexität überschreiten, muß sie opportunistisch werden. Sie muß die Möglichkeit vorsehen, die Rangbeziehungen zwischen den Werten zu variieren und je nach den Möglichkeiten und dem Bedarf für Handlungen und je nach dem Erfüllungsstand der einzelnen Werte"³⁾.

Vor diesem Hintergrund erscheint auch die Zielsetzung wenig hilfreich, der wissenschaftlichen - und das heißt seit den Anforderungen der neuzeitlichen Wissenschaftstheorie: intersubjektiv zwingend gewissen⁴⁾ - Entscheidbarkeit praktischer Fragen nachzugehen. Denn aus den Forschungsansätzen, die diese Möglichkeit zumindest prinzipiell bejahen (Dreier nennt: ideologiekritische, utilitaristisch-pragma-

1) Canaris, Systemdenken, S. 52 - 58

2) Wieacker, Systemdenken, S. 112

3) Luhmann, Positives Recht, S. 183

4) vgl. Dreier, Selbstverständnis, S. 39

tische, sprachtheoretische, wissenschaftstheoretische, argumentationstheoretische, kommunikationstheoretische), scheint sich allein die Direktive entnehmen zu lassen: "eine Entscheidung, die Gerechtigkeit intendiert, (muß) auf einem Höchstmaß an sprachlich - begrifflicher Klarheit und sachlicher Informiertheit sowie auf einem Mindestmaß an vorurteilsbedingter Befangenheit beruhen"¹⁾. Daran kann sich dann nur noch die (resignative) Forderung nach langfristiger Änderung des Erziehungs- und Ausbildungssystems anschließen²⁾.

Eine Konzeption formaler Rationalität könnte z.B. im Anschluß an die normative (ökonomische) Entscheidungstheorie die richterliche Entscheidung als Aufeinanderfolge genau definierter, jeweils informationsverarbeitender einzelner Schritte bzw. Teilphasen verstehen, die dann jeweils in ihrer wechselseitigen Abhängigkeit von Informationen und Nebenbedingungen analysierbar würden. Durch eine so mögliche Strukturierung von Entscheidungsprozessen könnte dann "impulsiv-instinktives" Handeln verringert, ein Rückgriff auf automatisierte Informationssysteme (EDV) möglich und damit das Ziel anvisiert werden, die unter angebbaren, durchaus veränderungsfähigen, aber optimierbaren Bedingungen zustandegekommene, relativ beste Entscheidung zu treffen. Die Phasen des Entscheidungsprozesses (Suche nach Entscheidungsalternativen; Analyse der Ausgangssituation; Gewinnung von Informationen über Konsequenzen der Entscheidungsalternativen; Auswahl einer Alternative; Entscheidung) könnten das Entscheidungssubjekt unter den Zwang setzen, Informatio-

1) Dreier, Gerechtigkeitsproblem, S. 10, 11

2) Dreier, Rechtspolitik, S. 97

nen zu beschaffen und zu verwerten, um systematisch durch optimales Agieren in den Teilphasen die (relativ) beste Entscheidungsalternative auswählen zu können¹⁾.

Eine andere Zielsetzung könnte dahin gehen, eine Formel für die methodische Richtigkeit einer Entscheidung zu konstruieren: "Eine ... 'verfassungsrechtliche' Entscheidung ist methodisch richtig, wenn sie 1. von ('vernunftrechtlich'...) vertretbaren Normhypothesen ausgeht, wenn sie 2. sämtliche einschlägigen Dezsionen des Verfassungsgebers beachtet, historisch richtig ermittelt und zugrundelegt, wenn sie 3. alle einschlägigen Präjudizien beachtet, historisch richtig ermittelt und a) entweder die in ihnen formulierte Rechtsauffassung zugrundelegt, oder b) sich von ihr (in ... einzeln angegebenen Schritten) entfernt oder c) sie (soweit § 31 Abs. I BVerfGG nicht daran hindert) preisgibt, und wenn sie 4. den ihr verbleibenden Entscheidungsraum unter Berücksichtigung der mindestens präsumtiv präjudiziellen Verbindlichkeit und der zu fällenden Entscheidung in einer 'vernunftrechtlich' möglichst plausibel zu rechtfertigenden Weise nutzt"²⁾.

Zuletzt könnte in diesem Zusammenhang auch die Wiederentdeckung und Weiterentwicklung einer Technik des Problem Denkens, eines besonderen Verfahrens der Problemerkörterung, einer "denkerischen Techne", die sich am Problem orientiert, stehen. Dieser müßte es angesichts des Problems, "was denn hier und jetzt jeweils gerecht sei", zunächst gelingen, ein umfassendes Instrumentarium an die Hand zu bekommen, mit

1) Kilian, Juristische Entscheidung, S. 115 ff, 163 ff, insb. 166

2) Kriele, Rechtsgewinnung, S. 315

dessen Hilfe dann Problemdenken erst möglich würde: das wäre mit der Bereitstellung einer umfassenden Menge vielseitig verwendbarer, überall annehmbarer Gesichtspunkte geleistet. Alsdann müßte noch das Vorgehen bei der Problemerkörterung strukturiert werden: das könnte gelingen durch die Empfehlung eines auf zwei Stufen ablaufenden Verfahrens, bei dem zunächst mehr oder weniger zufällige Gesichtspunkte in beliebiger Auswahl versuchsweise aufgegriffen und an das Problem herangetragen werden und die dann auf der zweiten Stufe bei Einschlägigkeit und Bewährung in die sog. Topoikataloge eingebracht werden müßten¹⁾.

Die Frage, wie weit nun aber diese Technik der Problemerkörterung bzw. diese ars inveniendi optimiert, wie weit die Krielesche Formel umfassender gerechtfertigt und konkretisiert (und seine "vernunftrechtlichen Erwägungen" weiter strukturiert), und wie weit es zuletzt gelingen kann, die Schnittstellen innerhalb des Entscheidungsprozesses exakter festzumachen, an denen der Einsatz informationsverarbeitender Systeme sinnvoll wird, bedarf weiterführender Forschungen.

1.3. Andere Ansätze könnten darauf abzielen, die das richterliche Entscheidungsverhalten tatsächlich motivierenden sozialpsychologischen Faktoren aufzudecken, sie als verhaltensmotivierende, unbewußte Inhalte ins Bewußtsein zu heben, um damit die Bedingungen individueller Überzeugungsbildung offenzulegen, die Entzerrung der "systematisch verzerrten Kommunikation" zu ermöglichen und dann durch die Gewinnung von Konsenschancen zu rationalen Entschei-

1) Zum ganzen: Viehweg, Topik, insbes. S. 31 ff, 35

dungsgrundlagen zu gelangen (Berechtigung und Fruchtbarkeit dieser Zielsetzung stehen außerhalb jeden Zweifels). In engem Zusammenhang damit würde der Versuch stehen, durch Bewußtmachen des Vorverständnisses (verstanden nicht nur als das "erkenntnistheoretische oder hermeneutische, sondern auch als das soziale Datum von bewußten Attitüden und unbewußten Voraussetzungen jedes Problembewußtseins zusätzlich zu der beruflichen Rollenausführung"¹⁾) und durch das Einsichtigmachen der Vorurteilsstruktur des Verstehens das zu erreichen, was "scientistischen" Wissenschaftsbegriffen als im höchsten Maße irrational erscheinen muß: Überzeugen und Einleuchten, ohne eines Beweises fähig zu sein, als Ziel und Maß des Verstehens und Auslegens²⁾. Für den engeren juristischen Bereich hieße das, durch Bewußtmachung des hermeneutischen und applikativen Zirkels³⁾ als unaufhebbare Bedingungen des Verstehensprozesses die Vorurteile als Bedingung möglicher Erkenntnis in der Hoffnung aufzuzeigen, daß die transparent gemachte Vorurteilsstruktur nicht mehr in der Art des Vorurteils funktionieren kann⁴⁾. Auf einer so gewonnenen neuen Ebene könnten dann Probleme wie die der "Sachgerechtigkeit", der "Vernünftigkeit", der "Einsichtigkeit", der "Richtigkeitsevidenz", des "bei gutem Willen als 'billig und gerecht' Einsehbaren", "der Abstimmung mit der Bewußtseinlage aller vernünftigen Menschen", des "Sittenbewußtseins aller billig und gerecht

1) Esser, Dogmatik, S. 534

2) Gadamer, Rhetorik, S. 63

3) Esser, Methodik, S. 32

4) Habermas, Wahrheit, S. 49

一、本行自成立以來，承蒙各界愛護，業務蒸蒸日上。茲為擴大服務，特在各地設立分行，以便顧客辦理各項金融業務。本行資本總額為一千萬元，實收資本五百萬元。本行辦理各項存款、放款、匯兌、貼現、倉庫、信託等業務。本行信譽昭著，手續簡便，收費低廉。本行地址設在上海南京路，電話號碼為一二三四五。本行營業時間為上午九時至下午五時。本行歡迎各界光臨。

一、目的：通过本课程的学习，使学生掌握机械制图的基本知识和基本技能，为后续课程的学习打下基础。
 二、任务：本课程的教学任务包括：1. 机械制图的基本知识；2. 机械制图的基本技能；3. 机械制图的应用。
 三、重点：机械制图的基本知识、机械制图的基本技能。
 四、难点：机械制图的应用。
 五、教学方法：讲授法、演示法、练习法。
 六、教学手段：多媒体、黑板、粉笔。
 七、考核方式：平时考核、期末考试。
 八、教材：《机械制图》（机械工业出版社）。

[illegible]

zahlreicher raffinierter Techniken der "Fassadenarbeit" trickreich in dogmatische Mäntelchen gehüllt werden ¹⁾. Diese außerordentlich fruchtbare Zielsetzung, die um so leistungsfähiger ist, je mehr sie darauf verzichtet, aus dem empirisch gewonnenen Material mithilfe einer "deskriptiv-normativ schillernden Konzeption" (Luhmann über Lautmann) ihre Folgerungen zu ziehen, ist aber in ihrer Durchführung insofern ungemein schwierig, als sie tatsächlich allein durch teilnehmende Beobachtung (mit den bekannten Problemen der Repräsentativität und Generalisierbarkeit u.s.w. ²⁾), nicht aber durch noch so verfeinerte Verfahren der Urteilsanalyse zu leisten ist.

Mit dieser Absicht einer möglichst breiten Urteilsanalyse unternimmt die vorliegende Abhandlung daher den Versuch, einen möglichst verlässlichen Ansatz zu verfolgen, der auf das Arsenal bzw. den komplexen Fundus von Kategorien, Elementen, Erwägungen und methodischen Verfahren abzielt, mit denen die Richter beim Aufbau ihrer konkreten Entscheidungsnorm bzw. bei der Auswahl einer Entscheidungsalternative tatsächlich operieren (wobei die Frage unbeantwortet bleiben darf, ob sich dieses Operieren auf den Darstellungsaspekt oder den Herstellungsaspekt ³⁾ des Urteils bezieht. Bei der Aufspürung dieses differenzierten Instrumentariums und der Analyse seiner konkreten Verwendung soll zunächst (möglichst) unbefangen vorgegangen werden: Zwar weiß der Jurist natürlich, daß ihm ein reiches Arsenal juristischer Denkfiguren und methodischer Schritte zur Verfügung steht ⁴⁾.

1) dazu: Rottmann, Richterliches Handeln, S. 81.

2) zuletzt dazu: Plassmann, U., Mutmaßungen über Richter, JZ 1975, S. 41, insbes. S. 42 ff.

3) Luhmann, Automation, S. 51.

4) Larenz, Jurisprudenz, S. 451.

er kennt als Bestandteile des genannten Arsenal
die "angehäuften Bestände fachjuristisch integrier-
ter Leitbilder gerechten Handelns in der Form von
Grundsätzen, Maßstäben, Konventionen und 'Topoi',
von sachlogischen Evidenzen, von maßgeblichen rich-
terlichen Vorentscheidungen" und "von dogmatischen
Lehrsätzen, Institutionen und produktiven Rechts-
begriffen"¹⁾. Die Unbefangenheit soll vor diesem
Hintergrund darin bestehen, aus systematisch ana-
lysierten zivilrechtlichen Entscheidungen der drei
Instanzen Landgericht, Oberlandesgericht und Bundes-
gerichtshof das verwendete Instrumentarium heraus-
zufiltern und seinen konkreten Einsatz festzustellen.

Dabei könnte es auf der einen Seite gelingen, dem
Kontrollwert des dogmatischen Begriffes und Systems
bzw. der Bindungskraft dogmatischer Argumente²⁾
nachzugehen, weiter den Zwang, die Lösungsversuche
in eine bestimmte Vorstellungswelt einzugliedern³⁾,
realistisch einzuschätzen, weiter die empirische
Tatsache zu erkennen, daß jede entwickelte Rechts-
kultur immer dichtere Bezugspunkte für denkbare An-
knüpfungen setzt⁴⁾; schließlich ginge es um homogene
Begriffsnetze und Präjudizienzwänge ("Mit der Zahl
der von den Gerichten entschiedenen Fälle ... wächst
die Sicherheit, mit der Entscheidungen getroffen
werden können, verengt sich der verbleibende Spiel-
raum, innerhalb dessen die Entscheidung unsicher
bleibt"⁵⁾).

1) Wieacker, Gesetzesrecht, S. 706; Esser, Grund-
satz und Norm, S. 20

2) Esser, Möglichkeiten, S. 101, 102

3) ders., a.a.O., S. 104

4) ders., a.a.O., S. 111

5) Larenz, Methodenlehre³, S. 278

Diese Aspekte verfolgt die vorliegende Abhandlung nicht weiter, obwohl es mithilfe des analysierten (sogleich darzustellenden) Entscheidungsmaterials gelingen könnte, die Plausibilität vieler in diesem Zusammenhang geäußelter Vermutungen zu erschüttern.

Die Zielsetzung geht vielmehr allein dahin, die Schwierigkeiten aufzuspüren, in die die Richter geraten, wenn sie sich in ihren Entscheidungen auf bestimmte Kategorien, Elemente und Erwägungen stützen und gesicherte methodische Verfahren zum Einsatz bringen. Dann kann die entscheidende Frage abgeklärt werden, wie die Richter in diesen Situationen agieren und welche Versuche sie unternehmen, die zwangsläufig auftauchenden Probleme zu bewältigen.

Diese Konzeption wird nun sicherlich alle diejenigen enttäuschen, die ausgezogen sind, um mithilfe einer "emanzipatorischen" Rechtsprechung "die" freie Gesellschaft zu verwirklichen. Die mögliche Fruchtbarkeit dieses Ansatzes wird aber vielleicht dann deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, daß es sich bei dem Arsenal, mit dem die Zivilrichter in der Bundesrepublik operieren, nicht etwa um eine Erfindung aus neuerer Zeit handelt.

Schon der römische *iurisconsultus* rekurrierte bei seinen Entscheidungen auf Rechtsnormen, Logik und Grammatik, allgemein anerkannte Juristenlehre, Rechtsregeln, juristische Konstruktionen, Rechtsbegriffe, Sprachgebrauch, vulgärphilosophische Lehren, Vorschriften der Sitte und Sittlichkeit, Analogien, einleuchtende Beispiele, Folgenerwägungen (*deductio ad absurdum*), Naturgegebenheiten, wirtschaftliche Erwägungen, Interessen, Billigkeitserwägungen, humanitäre Momente, Werte des Gemeinwohls, Rechtssicherheit, Praktikabilität und rechtspolitische Erwägungen allgemeiner Natur¹⁾.

1) Horak, *Rationes decidendi*, S. 81, 82, 83

Die vorliegende Abhandlung darf sich insoweit damit begnügen, den diesen Kategorien immanenten Problemen nachzugehen. Mit anderen Worten: es geht also nicht darum, wie eine richterliche Entscheidung tatsächlich zustandegekommen ist bzw. warum der Richter in einer konkreten Konfliktsituation eine bestimmte Alternative ausgewählt hat (das kann auch durch eine Urteilsanalyse überhaupt nicht geklärt werden); es geht auch nicht darum, warum der Richter bei einer Entscheidung mit einer der nunmehr aufzuzeigenden Kategorien bzw. Methoden operieren oder wie und wo er eine dieser Kategorien einsetzen bzw. nicht einsetzen sollte. Untersucht werden sollen allein die Schwierigkeiten, die die Richter sich einhandeln, wenn sie sich zum Einsatz einer bestimmten Kategorie bzw. eines Verfahrens entschlossen haben.

1.5. An dieser Stelle stellt sich dann die Frage, wer denn wohl in der Lage ist, diese Schwierigkeiten adäquat aufzuzeigen; es kann dies nur "die" juristische Methodenlehre sein, das heißt: diejenigen (juristischen) Autoren, die sich in der (juristischen) Literatur zu den Problemkreisen äußern, die üblicherweise von "der" juristischen Methodenlehre behandelt werden.

Insoweit zielt die vorliegende Abhandlung in ihrem zweiten Aspekt auf die Leistungsfähigkeit "unserer akademischen Methodenlehre"¹⁾ und kann damit der Frage nachgehen, wieweit es sich bei der Feststellung tatsächlich um eine "Wahrheit"²⁾ handelt, wonach "unsere akademische Methodenlehre dem Richter weder Hilfe noch Kontrolle bedeutet"³⁾.

1) so die Formulierung Essers, (Vorverständnis, S. 7)

2) Struck, Interessenabwägung, S. 171

3) Esser, a.a.O.

Letzteres Unterfangen wird nun bereits deshalb nicht ganz einfach sein, weil sich die Essersche Formulierung nicht gerade durch besondere Prägnanz auszeichnet. Was mag das sein: "unsere akademische Methodenlehre"? Auffällig ist bereits das Reden von der Methodenlehre im Singular. Ob es wirklich die eine Methodenlehre gibt, erscheint äußerst zweifelhaft angesichts der Vielzahl normativer Ansätze, die auf der Grundlage unterschiedlichster wissenschaftstheoretischer Basisannahmen zu den verschiedensten Handlungsanweisungen an Richter gelangen.

Noch unklarer ist offensichtlich die Behauptung, es gäbe eine "akademische" Methodenlehre (um was mag es sich dann bei der nicht-akademischen Methodenlehre handeln?). Und dann auch noch: "unsere"! Es kann nicht zweifelhaft sein, daß es durch derart unpräzise Sentenzen besonders gut gelingt, Positionen aufzubauen und zu kritisieren, die so recht niemand vertreten hat und die sich im richterlichen Entscheidungshandeln auch nicht im Ansatz wiederfinden lassen (beliebte Topoi in diesem Zusammenhang: die "positivistische Dogmatik"¹⁾, "die 'klassische' Konzeption der juristischen Dogmatik"²⁾). Die vorliegende Abhandlung will die Leistungsfähigkeit der juristischen Methodenlehre nicht danach beurteilen, ob es ihr gelingt, zwingende notwendig aufeinanderfolgende methodische Schritte zur Entscheidung praktischer Fragen aufzuzeigen (man wird die Hoffnung, daß eine derartige Leistung in absehbarer Zeit zu erreichen sei, nur schwerlich hegen können).

1) Esser, Vorverständnis, S. 93

2) ders., a.a.O., S. 96 (ohne Beleg)

Es wäre aber doch möglicherweise schon viel gewonnen, wenn es der juristischen Methodenlehre gelingen würde,

- das äußerst differenzierte und vielschichtige tatsächliche Operieren der Richter mit ihren "Kategorien" und "Methoden" adäquat zu reflektieren und zu beschreiben;
- den Richtern deutlich zu machen, worum es sich bei diesen immer wieder verwendeten Kategorien und Verfahren eigentlich handelt;
- die darin liegenden (möglicherweise unaufhebbaaren) Probleme aufzuzeigen und annehmbare Lösungsvorschläge anzubieten.

1.6. Erforderlich ist daher insgesamt ein Vorgehen in drei Schritten: unter 2. werden die angekündigten Kategorien und Methoden in ihrer differenzierten Verwendung vorgestellt, wobei bis zur teilweisen Identität gehende Überschneidungen in Kauf genommen werden). Teil 3. befragt im Anschluß daran die juristischen Methodenliteratur, worum es sich dabei handelt und welche Schwierigkeiten für die Richter jeweils auftauchen. Dann kann schließlich unter 4. geklärt werden, wie die Richter in den aufgezeigten Problemsituationen tatsächlich agieren.

Diese so bestimmte Forschungskonzeption aber steht damit sogleich vor zwei Schwierigkeiten grundsätzlicher Art: es stellt sich zunächst die Notwendigkeit ein, die Repräsentativität des (beschränkten) analysierten Entscheidungsmaterials sicherzustellen.

Diese Problematik versucht die vorliegende Abhandlung mit dem insoweit üblichen Zufallskriterium zu bewältigen: so wurden bezüglich der erstinstanz-

lichen Entscheidungen rein willkürlich sämtliche in der NJW des Jahrgangs 1973 veröffentlichte Entscheidungen aus diesem Jahre ausgewählt. Die Durchsicht der BGH-Urteile ließ sich sachgerecht mit dem Jahrgang des Beginns der OLGZ-Reihe einstellen (1965); und im übrigen wurde bezüglich der obergerichtlichen und höchstrichterlichen Entscheidungen auf ein Material zurückgegriffen, das der Verfasser bereits einmal zu einem früheren Zeitpunkt in ganz anderem Zusammenhang zu analysieren hatte:

Insoweit erschien es zulässig, die geistige Trägheit als Garant für ein Höchstmaß an Repräsentativität einzusetzen (was um so eher möglich war, als sich angesichts der untersuchten Denkfiguren und methodischen Schritte der jeweilige dogmatische Zusammenhang als gänzlich unerheblich darstellt). Insgesamt dürften daher die Entscheidungen dreier Instanzen aus den Jahren 1950 bis 1973, die in der Regel jeweils eine Vielzahl von selbständigen Einzelproblemen und Denkschritten beinhalteten, die Verallgemeinerungsfähigkeit der aufgestellten Thesen sicherstellen.

Die weitaus unangenehmere Problematik ergab sich aber dadurch, daß die unterschiedlichen Denkfiguren und methodischen Schritte aus dem komplexen, den Richtern zur Verfügung stehenden Arsenal überhaupt erst einmal aufgefunden werden mußten.

Dieses Unterfangen stellte sich allerdings für diejenigen Bereiche als ganz unproblematisch dar, in denen die Richter die eingesetzten Kategorien in nicht dogmatischer Argumentation als solche

bezeichneten (z.B. G r u n d s a t z der Verhältnismäßigkeit; Wille des Gesetzgebers; Natur der Sache; Interessenabwägung; Konstruktion; Akzessorietäts p r i n z i p; Zweck des Gesetzes). Keinerlei Schwierigkeiten tauchten auch in denjenigen Zusammenhängen auf, in denen eine derartige richterliche Bezeichnung zwar fehlte, aber auch ein Nichtjurist unschwer in der Lage gewesen wäre, einen spezifischen Argumentationszusammenhang in seiner konkreten Form auszumachen und ihn sodann mit einem umgangssprachlichen Begriff zu belegen (Folgenerwägungen; Zweckmäßigkeitserwägungen; ausländisches Recht; Tatsachen; Präjudiz; Ähnlichkeitserwägung).

Darüber hinaus aber fanden sich eine Vielzahl von Argumentationsfiguren, die sich mangels richterlicher Bezeichnung und unmittelbarer Evidenz allein von demjenigen aufspüren ließen, der über ausreichende Kenntnisse der juristischen Methodenlehre verfügte: insofern war es dem hier angestrebten induktiven Verfahren natürlich nicht möglich, ohne theoretische Basis bzw. Konzeption gänzlich "unbelastet" vorzugehen.

In ganz engem Zusammenhang damit war sodann das Folgeproblem zu lösen, die so ermittelten Argumentationsfiguren zur Ermöglichung ihrer Zusammenfassung und Darstellung jeweils zu unterscheiden und sie einem adäquaten Oberbegriff zuzuordnen.

Dabei wurden - parallel zu den vorstehenden Erörterungen - diejenigen Kategorien und methodischen Schritte, die von den Richtern keinerlei Bezeichnung erfahren hatten und bei denen sich diese

auch nicht von selbst ergab, mit dem Begriff belegt, der regelmäßig in der juristischen Methodenliteratur dafür Verwendung findet (Anhaltspunkte lieferten typische Schlüsselbegriffe wie z.B. Folgerichtigkeit und Widerspruchsfreiheit für den Systemgedanken). Ähnliches gilt für die zweitgenannten Gruppe; soweit in diesem Zusammenhang auch der juristische Laie eine Bezeichnung hätte vornehmen können, wurde diejenige gewählt, die sich unmittelbar aufdrängte und bezüglich derer sich insoweit in der Methodenliteratur keinerlei Abweichungen fanden. Im übrigen ergaben sich an dieser Stelle keinerlei Schwierigkeiten, soweit eine Bezeichnung von den Richtern selbst vorgenommen wurde.

Dieses Vorgehen aber bot damit sogleich die Gewähr für die Bewältigung der in diesem Zusammenhang eigentlich materiellen Problematik: da zur Ermöglichung des Forschungsprogramms überhaupt die Sach-, zumindest aber die Problemidentität der von den Richtern eingesetzt und von der Methodenliteratur behandelten Kategorien gesichert sein mußte, wurde also für weite Bereiche von vornherein eine insoweit offenbar konsensabhängige Gleichschaltung vorgenommen. Und soweit darüber hinaus die Richter selbst eine Bezeichnung vornahmen, kann es angesichts der Aufgabe der Methodenlehre, richterliches Entscheidungsverhalten zu reflektieren und anzuleiten, nicht verwundern, daß sich insgesamt allein terminologische und auch sachliche Übereinstimmungen fanden (allerdings mußte bei Durchsicht der Methodenliteratur jeweils sorgfältig geprüft werden, welche Vorstellungen insgesamt mit einer Kategorie bzw. einem methodischen Schritt

verbunden wurden, wobei regelmäßig erhebliche Differenzierungen bestanden; dies war also
- mit nicht unerheblichen Schwierigkeiten -
in Teil 3. zu leisten).

Eine besondere Problematik stellte sich schließlich dadurch ein, daß die Richter auch bei denjenigen Kategorien, bezüglich derer sich (konsistente) Bezeichnungen finden ließen, in einer Vielzahl von Entscheidungen auf jegliche Qualifizierung verzichteten: in all diesen Fällen mußte die Zuordnung mit guten Gründen und daher konsensabhängig erfolgen; auf die jeweilige Darlegung dieser Gründe mußte verzichtet werden
- sie hätte den Rahmen der vorliegenden Abhandlung gesprengt.

2. K A T E G O R I E N U N D M E T H O D E N

2.1. ALLGEMEINER RECHTSGRUNDSATZ

2.1.1. LG Düsseldorf NJW 1973, S. 1048: In denjenigen Fällen, in denen ... aus dem vorgetragenen Sachverhalt mehrere Anspruchsgrundlagen folgen ..., kann der Kläger keine Beschränkung auf eine bestimmte Anspruchsgrundlage erreichen.

2.1.2. OLG Karlsruhe OLGZ 1969, S. 148: Zwar besteht der Grundsatz, der Unterschreibende sei so zu behandeln, als habe er alles, was er unterschrieben habe, auch gelesen und gebilligt.

2.1.3. BGHZ 9,157: Das Recht hat dem Leben zu dienen und muß die entsprechenden Formen zur Verfügung stellen.

2.1.4. BGHZ 11,82: Das Berufungsgericht ist im Ergebnis mit Recht der Auffassung der Klägerin gefolgt, indem es die Wartezeit nach allgemeinen Grundsätzen des Bürgerlichen Gesetzbuchs wegen 'Vertragsbruchs' der Beklagten für vorzeitig beendet erachtet hat.

2.1.5. BGHZ 3,107: Wird der Grundsatz der Gleichheit bei der Setzung des positiven Rechts überhaupt verleugnet, dann entbehrt das Gesetz der Rechtsnatur und ist überhaupt kein Recht.

2.2. ANALOGON

2.2.1. LG Essen NJW 1973, S. 1704: Ist ein geschlossener Vertrag angefochten oder durch Rücktritt aufgelöst, dann spielt für die Rückabwicklung der Er-

füllungsort des Vertrages keine Rolle mehr. Das wird von der Literatur und Rechtsprechung einheitlich vertreten ... In diesen Fällen bestimmen allein die im Streit befangenen Rückgewährpflichten den Erfüllungsort. Das gleiche gilt bei der Wandlung... Nichts anderes kann nach Auffassung der Kammer gelten, wenn der Vertrag überhaupt nicht zustande gekommen ist. Auch hier bestimmt sich der Erfüllungsort allein nach der vom Kläger geltend gemachten Geldforderung.

2.2.2. OLG München OLGZ 1972, S. 421,423: Teilt ein Architekt als Kaufinteressent die ihm von einem Makler nachgewiesene Gelegenheit zum Erwerb eines Grundstücks ohne Zustimmung des Maklers einem Dritten mit und erwirbt dieser das Grundstück, so schuldet der Architekt auch dann keinen Maklerlohn, wenn... zu erwarten ist, daß ihm die Bebauung des Grundstücks übertragen werde. ...Hätten die Eigentümer beispielsweise nach Verhandlungen mit dem Beklagten sich entschlossen, das Grundstück zu behalten und selbst zu bebauen, dem Beklagten aber die Architektenleistung dazu übertragen, so könnte der Kläger wegen des Abschlusses eines Architektenvertrages sicher keinen Maklerlohn verlangen...

2.2.3. BGHZ 5,66,67: Die in §§ 618 Abs 3 BGB unmittelbar geregelte Sachlage ist nun aber ungemein ähnlich derjenigen, die entsteht, wenn der Unternehmer eines Werkvertrages aufgrund seiner Vertragspflicht bei der Herstellung des Werkes in Räumen oder mit Vorrichtungen des Bestellers zu arbeiten hat, die Gefahren für Leib und Leben für ihn mit sich bringen, und die der Besteller oder seine Erfüllungsgehilfen entgegen seiner Vertragspflicht nicht im Rahmen des Möglichen gefahrlos gestellt haben, so daß der Unter-

nehmer oder seine Erfüllungsgehilfen einen tödlichen Unfall erleiden und ihre Hinterbliebenen dadurch ihres Ernährers beraubt werden. Der Tatbestand, die Interessenlage und die aus ihr abzuleitende gerechte Ordnung der Rechtsfolgen sind so ähnlich, daß sie die entsprechende Anwendung des § 618 Abs 3 BGB auf so gestaltete Werkverträge ... fordern ...

2.2.4. BGHZ 9,163: Bei der Verwandtschaft der GmbH mit den Personalgesellschaften und dem Verein wäre kaum zu verstehen, wenn die Ausschließung anders als bei ihnen nicht zulässig sein sollte. Die Rechtsgründe für die Ermöglichung der Ausschließung aus diesen Vereinigungen sprechen ebenso bei der GmbH für die Ausschließbarkeit und das Bedürfnis hierfür ist nicht geringer als dort.

2.2.5. BGHZ 32,284: Die Unfallbeschädigung des Großraumtriebwagens hatte zur Folge, daß die Klägerin dieses Fahrzeug während der 102-tägigen Dauer seiner Wiederherstellung nicht nutzen konnte. Um die Klägerin in den gleichen Stand zu versetzen wie er ohne den Unfall bestanden haben würde, waren die Beklagten daher verpflichtet, der Klägerin auf ihr Verlangen für diese Zeit ein gleichwertiges Fahrzeug zur Verfügung zu stellen oder die entsprechenden Kosten zu ersetzen. Hätte die Klägerin als Ersatz einen Straßenbahnzug von anderer Seite gemietet, so hätten ihr die Beklagten den hierdurch verursachten Aufwand vergüten müssen. Es kann nun keinen rechtlichen bedeutsamen Unterschied machen, ob der Inhaber eines Straßenbahnunternehmens bei Ausfall eines Fahrzeugs infolge fremdverschuldeten Unfalls ein Ersatzfahrzeug mietet oder ob er ein Fahrzeug einsetzt, das er sich wegen der besonderen Schwierigkeit, einen Straßenbahnwagen kurzfristig mietweise zu erlangen, eigens zum Zwecke der Vorsorge für vor-

kommende Fälle dieser Art bereits selbst zugelegt oder bereitgestellt hat. Mögen die Anschaffungskosten für das Reservefahrzeug auch bereits bei seinem Erwerb beglichen worden sein, so liegt doch ein Kapitalaufwand vor, der nach seinem Zweck nur auf die Beseitigung der zu erwartenden Schäden aus fremder Schuld gerichtet und wirtschaftlich gesehen auf die ganze Zeit zu beziehen ist, die der normalen Lebensdauer des in Reserve gestellten Fahrzeugs entspricht. Daran kann auch die rechtliche Betrachtung nicht vorübergehen. Danach ist es aber gerechtfertigt, bei Einsatz eines Reservefahrzeugs aus Anlaß fremdverschuldeten Fahrzeugausfalls den auf die Einsatzzeit entfallenden Kapitalaufwand als eine Aufwendung zu behandeln, die durch diesen Einsatz verursacht wird.

2.3. AUSLÄNDISCHES RECHT

2.3.1. BGHZ 3,103: Jedes Recht geht seinem Inhalt nach nur so weit, wie die guten Sitten und Treu und Glauben dies gestatten. Der im französischen Recht geltende Satz: "Le droit cesse, où l'abus commence" gilt auch im deutschen Recht...

2.3.2. BGHZ 29,12: In einem ähnlich gelagerten Falle hat das schweizerische Bundesgericht das Geltendmachen eines formellen Mangels mit dem Ziele der Loslösung vom Vertrage als Verstoß gegen Treu und Glauben angesprochen; der Formfehler werde zum offenkundigen Vorwand der Loslösung von einem nachträglich als ungünstig empfundenen Vertrag gemacht. Das sei eine mißbräuchliche Rechtsausübung, weil die Formvorschrift damit einem fremden Zwecke dienstbar gemacht werde (BEG 72 II 39,43 Nr. 3...). Dieser Gesichtspunkt muß auch im vorliegenden Falle Beachtung finden.

2.4. BEGRIFFSDOGMATIK (= Operation mit den professionell konsentierten Problemlösungen, mit denen der Begriff im Laufe seiner Entwicklung befrachtet wurde¹⁾)

2.4.1. BGHZ 1,183: Die Urkunde vom 30. November 1948 enthält verschiedene Erklärungen, das Vaterschaftsanerkenntnis, das Anerkenntnis, dem Beklagten kraft Gesetzes zur Unterhaltsleistung verpflichtet zu sein, die Erklärung, einen bestimmten Unterhaltsbeitrag leisten zu wollen, und die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung wegen dieser Verpflichtung. Alle Erklärungen stehen in einem inneren Zusammenhang. Rechtlich sind in der Urkunde ein bestätigendes Schuldanerkenntnis und die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung niedergelegt. Daß der Kläger den Willen gehabt hat, ein selbständiges Schuldanerkenntnis und Schuldversprechen abzugeben, ergeben die Feststellungen des Berufungsgerichts nicht.

2.4.2. BGHZ 17,373: Nach alledem ist das Berufungsgericht mit Recht zu dem Ergebnis gekommen, daß für die vom Reichsgericht getroffene Entscheidung § 661 Abs. 2 Satz 2 BGB gilt: "Die Entscheidung ist für die Beteiligten verbindlich".

Was die Tragweite dieser Bestimmung angeht, so hebt das Berufungsgericht hervor, daß danach die Entscheidung in einem Rechtsstreit der vorliegenden Art (also zwischen dem Auslobenden und dem Erwerber) auf seine sachliche Fehlerlosigkeit oder Fehlerhaftigkeit nicht nachgeprüft werden dürfe, und zwar selbst dann nicht, wenn eine Partei geltend machen sollte, die Entscheidung sei offenbar unrichtig.

1) Esser, Grundsatz und Norm, S. 305

Dem ist zuzustimmen. Das wird deutlich durch den Vergleich der Fassung des § 319 Abs.1 Satz 1 (der - wie bereits erörtert - auf den Spruch des Preisgerichts nicht entsprechend angewendet werden kann) und des § 661 Abs 2 Satz 2 BGB, sowie ferner durch die unterschiedliche Aufgabe des Schiedsgutachters und des Schiedsrichters ..., und endlich daraus folgend durch den völlig verschiedenartig begrenzten und verschiedenartig gerichteten Schutz, den die Rechtsordnung den Beteiligten gegen mögliche Fehler des Schiedsgutachters einerseits und des Schiedsrichters andererseits gewährt ...

2.4.3. BGHZ 38,124: Die Aufrechnung mit einer Nachlaßforderung ist Verfügung über einen Nachlaßgegenstand; eine solche kann nach § 2040 Abs. 1 BGB nur von allen Miterben gemeinschaftlich ... getroffen werden ...

2.5. BEGRIFFSFORMALISMUS (= [The judge] takes the meaning ... which the word has been given in some other legal context, or ... he thinks of a standard case and then arbitrarily identifies certain features in it ... and treats these ... [features] as always necessary and always sufficient conditions for the use in all context of the word ..., irrespective of the social consequences of giving it this interpretation¹⁾).

2.5.1. Kammergericht OLGZ 1966, S. 98: Der Anspruch des Kostenschuldners auf Erstattung überzahlter Notariatsgebühren ist nicht, wie zuweilen angenommen wird (vgl. Lappe, KostRspr, § 156 KostO Nr. 2), ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung im Sinne der §§ 812 ff. BGB. Es handelt sich vielmehr um einen

1) Hart, Positivism, S. 611

gesetzlichen Rückgewähranspruch besonderer Art (KG Rpfleger 1960,347; zust. bei BayObLGZ 1964, 84,91). Diesem Anspruch, der seine Grundlage in § 157 Abs. 1 Satz 1 KostO hat, kann der Notar nicht entgegenhalten, daß er nicht mehr bereichert sei (vgl. § 818 Abs.3 BGB).

2.5.2. BGHZ 8,345:Aber auch für die Rückforderung von Entschädigungen ... ist der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten gegeben. ... Der Senat hält an dieser Rechtsprechung fest... Sie gründet sich im wesentlichen darauf, daß nach Art 14 Abs 3 Satz 4 GrundG wegen der Höhe einer Enteignungsentschädigung im Streitfalle der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten offen ist. Auch die Klage auf Rückzahlung einer angeblich zu Unrecht gezahlten Entschädigung ist ein solcher Streit über die Höhe der Entschädigung. Die Sache gehört daher - unabhängig davon, ob die Klägerin einen privatrechtlichen oder etwa einen öffentlichrechtlichen Bereicherungsanspruch verfolgt - vor die ordentlichen (Zivil-)Gerichte.

2.5.3. BGHZ 19,79,80: Einmal unterliegt der Standpunkt des Berufungsgerichts insoweit rechtlichen Bedenken, als es annimmt, für die Zweitbeklagte scheide ein wettbewerbliches Ziel schon deswegen aus, weil sie kein wirtschaftliches Unternehmen sei. Hatte sie durch die Vereinbarungen mit dem Erstbeklagten und insbesondere auch durch die Verpflichtung der Bindereien, an sie für die Einbände entsprechend ihrer Ausführung gestaffelte Abgaben zu leisten, am Wirtschaftsleben teilgenommen, so müssen für sie dieselben Grundsätze wie für wirtschaftliche Unternehmen gelten.

2.5.4. BGHZ 43,236,237: Zu ... (§ 12 Abs 2 VVG aF) hatte das Reichsgericht den Grundsatz entwickelt, daß der Versicherer sich auf die Versäumung vertraglicher Ausschußfristen nach Treu und Glauben nicht berufen könne, wenn den Versicherungsnehmer an der Versäumung kein Verschulden treffe... .
...Unentschieden ist dagegen bisher noch, ob die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu § 12 Abs. 2 VVG aF auch für den jetzt geltenden § 12 Abs. 3 VVG beizubehalten ist. Hiergegen äußert Prölss ... Zweifel, weil sich § 12 Abs. 2 VVG aF auf eine v e r - t r a g l i c h e Ausschußfrist bezogen, Abs.3 nF hingegen eine g e s e t z l i c h e Ausschußfrist eingeführt habe, deren Versäumung anderen Rechtsregeln unterliege. Dieser Gesichtspunkt vermag nicht zu überzeugen. ... Allein mit dem Begriff einer nunmehr g e s e t z l i c h e n Ausschußfrist ist noch nichts gewonnen. ...die Frage, ob ein nicht fristgemäß ausgeübtes Recht nur bei verschuldeter Fristversäumung erlischt oder zumindest die Hemmungsgründe der §§ 203, 206, 207 BGB zu beachten sind, kann nicht aus dem Begriff der gesetzlichen Ausschußfrist, sondern nur aus der jeweiligen Einzelvorschrift, hier also aus dem Sinn und Zweck des § 12 Abs. 3 VVG beantwortet werden.

2.6. BEGRIFFSLOGIK (Das klassische Beispiel: "Traditio nihī amplius transferre ... potest ad eum, qui accipit, quam est apud eum, qui tradit". Aus dem Begriff der Eigentumsübertragung wird gefolgert, daß der Erwerber nur dann Eigentümer wird, wenn der Veräußerer Eigentümer gewesen ist¹⁾).

2.6.1. BGHZ 2,153: Die Genehmigung eines schon früher abgeschlossenen Vertrages setzt begrifflich die Kenntnis und den Willen des Genehmigenden voraus, daß der

1) Engisch, Einführung³, S. 183

Vertrag erst mit seiner Genehmigung rechtswirksam wird; sie erfordert deshalb, daß sich der Genehmigende der schwebenden Unwirksamkeit des früher abgeschlossenen Vertrages bewußt ist oder doch jedenfalls mit einer solchen Möglichkeit rechnet...

2.6.2. BGHZ 19,77,73: Der Ansicht der Revision, der vorliegende Sachverhalt erfülle die objektiven Merkmale eines *Bo y k o t t s* (Art V Ziff 9 c 4 aa0), kann allerdings nicht gefolgt werden. Begrifflich setzt der Boykott eine Dreizahl von Beteiligungen, nämlich den Verrufer oder Boykottierer, den Adressaten der Verrufserklärung sowie den Verrufenen oder Boykottierten, voraus. ...An diesem Begriffsmerkmal der Dreiteilung fehlt es, wenn der Adressat der Verrufserklärung gegenüber dem Verrufer eine eigene Entscheidungsfreiheit aus Rechtsgründen nicht besitzt.

2.6.3. BGHZ 26,221: Die Verpflichtungen, die einem Ehegatten dem anderen Ehegatten gegenüber aus der Ehe obliegen, insbesondere die Treuepflicht, sind dem Wesen der Ehe entsprechend persönliche Verpflichtungen des Ehegatten. Sie können daher nur durch den Ehegatten und nicht durch einen Dritten verletzt werden...

2.7. BEWAHRTE LEHRE UND OBERLIEFERUNG

2.7.1. OLG Celle OLGZ 1969, S. 418: In diesem Fall steht dem Kläger nach § 652 BGB ein Maklerlohn nur zu, wenn der vermittelte Vertrag wirksam ist, ein Maklerlohn scheidet also aus, wenn der vermittelte Vertrag formnichtig ist (Palandt-Thomas 28. Aufl. § 652 BGB Anm.4 C a; Wagner bei Erman 4. Aufl. § 652 BGB Anm.5 b; Denecke RGRK 11. Aufl. § 652 BGB Anm.7; Riedel bei Staudinger 11. Aufl. § 652 BGB Rdz.26).

2.7.2. BGHZ 19,206,207: Die Ausnahmenvorschrift des § 817 Satz 2 BGB ist nach herrschender Rechtsauffassung nur auf solche Leistungen anzuwenden, die unmittelbar auf Grund eines gegen das Gesetz oder gegen die guten Sitten verstoßenden Vertrages gewährt werden, während Leistungen, die, wie die Bestellung eines Pfandes für eine aus dem Vertrage entspringende Forderung, als solche einem erlaubten Zweck dienen, von der Bestimmung nicht betroffen werden (RGZ 67,325; Staudinger 10. Aufl Anm 21 zu § 817 BGB mit weiteren Nachweisungen). ...Nach anerkannter Rechtsauffassung werden zudem durch § 817 Satz 2 BGB nur solche Leistungen erfaßt, die endgültig in das Vermögen des Empfängers übergehen sollen. Für Leistungen, die nur sicherungshalber bewirkt werden und bestimmungsgemäß zurückzugeben sind, wenn der Sicherungszweck entfällt, trifft diese Voraussetzung nicht zu (RGZ 67,321 [326]; RG WarnRsp 1917 Nr 206 mit weiteren Nachweisungen; RGRK Anm 2 zu § 817 Satz 2 BGB; Staudinger, 10. Aufl Anm 10 zu § 817 BGB). Auch aus diesem Grunde steht daher § 817 Satz 2 BGB dem Anspruch des Beklagten auf Rückübertragung der Grundsuld nicht entgegen.

Was die Revision hiergegen vorbringt, ist nicht geeignet, eine abweichende Beurteilung zu rechtfertigen.

2.7.3. BGHZ 25,298: Wöhrmann nimmt folgerichtig an, daß die Neufestsetzung auf Grund der §§ 157,242 BGB auch zu einer inhaltlichen Änderung des Altenteilsrechts führen kann. Lange/Wulff (Höfeordnung, 4. Aufl. S. 302) halten ebenfalls eine Abänderung des vertragsmäßig zu gewährenden Altenteils auf Grund der §§ 157,242 BGB bei einer grundlegenden Veränderung der bei seiner Begründung bestehenden Verhältnisse für zulässig. Dieselbe Auffassung hat der Oberste

Gerichtshof für die britische Zone vertreten, der in seinem Beschluß vom 21. Dezember 1949 (RdL 1950,206) hinsichtlich der materiellen Rechtsfragen u.a. auf Vogels (aa0) verweist. Auch das Oberlandesgericht Celle hat in seiner Entscheidung vom 29. August 1950 (RdL 1950,305) das Gericht für befugt erachtet, auf Antrag eine Änderung der Altenteilsleistungen vorzunehmen, wenn sich die Verhältnisse, die dem Übergabevertrag zugrunde lagen, von Grund auf geändert haben. In demselben Sinne hat sich das Oberlandesgericht Schleswig in seinem Beschluß vom 28. Januar 1954 (RdL 1954,103) ausgesprochen. Der erkennende Senat hat in seiner Entscheidung vom 31. Januar 1956 (V BLw 53/55) ebenfalls weitgehende Abänderungen eines vereinbarten Altenteils durch die Vorinstanzen gebilligt. Nach alledem ist die Abänderung vertraglich vereinbarter Altenteilsleistungen bei einer erheblichen Veränderung der für ihre Festsetzung maßgebend gewesenen Verhältnisse grundsätzlich auch dann zulässig, wenn die Voraussetzungen der von dem Antragsgegner angeführten gesetzlichen Vorschriften nicht gegeben sind.

2.7.4. BGHZ 50,113,114: Die gefestigte Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum Mißbrauch der Vertretungsmacht hat der VII. Zivilsenat in seinem Urteil vom 28. Februar 1966... dahin zusammengefaßt: Der Vertretene ist gegen einen erkennbaren Mißbrauch der Vertretungsmacht im Verhältnis zum Vertragsgegner dann geschützt, wenn der Vertreter von seiner Vertretungsmacht in ersichtlich verdächtiger Weise Gebrauch gemacht hat, so daß beim Vertragsgegner begründete Zweifel entstehen mußten, ob nicht ein Treueverstoß des Vertreters gegenüber dem Vertretenen vorliege. Bei der Prokura... ist allerdings bestimmt, daß eine Beschränkung

der Vertretungsmacht Dritten gegenüber unwirksam ist (§§ 50 Abs.1, 126 Abs.2 HGB; § 82 AktG). Auf diese Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht kann sich der Dritte aber nicht berufen, wenn der Vertreter bewußt zum Nachteil des Vertretenen gehandelt hat und dies dem Dritten schuldhafterweise nicht bekannt geworden ist (vgl. BGH WM 1960,612; Hueck, Das Recht der OHG, 3. Aufl., S. 214 ff; Schlegelberger/Gessler, HGB § 126 A. 22; Fischer, GroßKomm. HGB § 126 Anm.20; Würdinger, GroßKomm. HGB § 50 Anm.1). Mit dieser Einschränkung ist der vom VII. Zivilsenat geäußerten Rechtsauffassung zu folgen.

2.8. EVIDENZ

2.8.1. LG Ravensburg NJW 1973, S. 2303: Die Bestimmung des Wohnsitzes der Beklagten als Gerichtsstand ist ... nicht gerechtigkeitsneutral. Denn es läßt sich nicht bestreiten, daß es im Verhältnis zwischen dem in der Regel wirtschaftlich Stärkeren und Zeit und Art des Klagangriffs bestimmenden Unternehmer und dem Kunden das Rechtsgefühl nicht mehr befriedigt, wenn der Kunde an seinem Wohnsitz und nicht anderswo verklagt werden muß.

2.8.2. Kammergericht OLGZ 1966, S. 99: Demgemäß wird in Schrifttum und Rechtsprechung die Auffassung vertreten, daß der Kostenanspruch des Notars niemals der Verwirkung unterliege... Dieselbe Auffassung hat das KG vertreten... In diesem Zusammenhang hat das KG ausgeführt, es wäre geradezu widersinnig, dem Notar im Falle einer drohenden Herabsetzung der Kostenberechnung die Einwendung zu gestatten, daß ihm eine Rückzahlung der zuviel erhobenen Kosten nicht zugemutet werden könne. Dieser sehr weitgehenden Auffassung... kann jedoch nicht beigetreten werden.

2.8.3. BGHZ 16,272: Es würde jeder Billigkeit zuwiderlaufen, wenn der Beklagte aus der Tatsache, daß er die Interessenlage des L. für seine eigenen Interessen ausnutzte und sich eine unentgeltliche Arbeitskraft sicherte, auch noch die Freistellung von den sozialen Verpflichtungen gegenüber seinen Arbeitnehmern herleiten würde. Erst recht wäre es nicht mit der Billigkeit zu vereinbaren..., wenn die Familie des bei der Durchführung eines Auftrags Verunglückten ohne vertragliche Ansprüche verbliebe...¹⁾

2.8.4. BGHZ 34,346: Die Verwirkung der Rechte, die der Klägerin hinsichtlich des Namens Cuypers zustehen, würden nach der Rechtsprechung des Senats voraussetzen, daß durch eine länger andauernde redliche Benutzung dieses Namens für die Erzeugnisse des Beklagten ein Zustand geschaffen worden wäre, der für den Beklagten nicht nur einen beachtlichen Wert hat, sondern ihm auch nach Treu und Glauben erhalten bleiben muß, und den auch die Klägerin ihm nicht streitig machen kann, wenn sie durch ihr Verhalten diesen Zustand erst ermöglicht hat. Daß der Beklagte (VEB in der DDR), der den Betrieb der Klägerin auf Grund eines Enteignungsaktes, also gegen den Willen des Berechtigten übernommen hat, den Namen Cuypers nicht redlich benutzt, bedarf keiner näheren Überlegung.

2.8.5. BGHZ 40,17: Es ist überhaupt nicht einzusehen, warum für die Frage der Wirksamkeit einer Kündigung aus 'wichtigem Grunde' das Nachschieben von Kündigungsgründen genügen, bei einer Kündigung

1) a.A. Jensen, Auftrag, S. 214: Ist man nicht mit dem Gefühl eher geneigt zu sagen, der... (L) hätte selbst aufpassen sollen, zumal er Handwerker war und vermutlich nicht weniger vertraut ist mit den Gefahren der Bergung als der... (Beklagte)?

aus 'begründetem Anlaß', die an wesentlich leichtere Voraussetzungen geknüpft ist, für die Erhaltung des Ausgleichsanspruchs ein Nachschieben aber nicht zugelassen sein sollte.

2.9. FOLGEN (im dogmatischen System)

2.9.1. OLG Celle OLGZ 1969, S. 419: Der Ansicht von Riedel (Staudinger aaO), wonach es nicht anging, daß der Auftraggeber des Maklers sich gegenüber dem Makler auf die von der Gegenseite nicht gerügte Formnichtigkeit berufen und damit Maklerprovision abschneiden könne, kann jedoch nicht beigetreten werden. Eine solche Anwendung des § 242 BGB wäre mit der rechtlichen Ausgestaltung des § 313 BGB nicht zu vereinbaren. ... Auf dem Umweg über den Maklerlohn würde man dann im Ergebnis zu einem vertragsstrafenähnlichen Zwang für den Grundstückskäufer gelangen, den formnichtigen Vertrag zu erfüllen.

2.9.2. BGHZ 5,68: Es ist aber weiter richtig, daß die Regelung der §§ 618 Abs 3, 844, 845 BGB bei unmittelbarer Anwendung den Dienstherrn und bei entsprechender Anwendung den Besteller gewisser Werkverträge uU zu einer sehr weitgehenden, manchmal vielleicht zu weitgehenden Haftung nötigen kann. Ob dem im Einzelfall mit allgemeinen Rechtsbehelfen... begegnet werden kann, ist aber eine Frage des allgemeinen Rechtes und ohne entscheidende Bedeutung dafür, ob der § 618 Abs 3 BGB überhaupt entsprechend angewandt werden kann.

2.9.3. BGHZ 31,228: (Wollte man auf den Architektenvertrag das Recht des Dienstvertrages anwenden, so hätte das) die vom Berufungsgericht von seinem Standpunkt aus mit Recht bejahte Folge, daß nach § 627 BGB jede Vertragspartei das Vertragsverhält-

nis, auch ohne daß ein wichtiger Grund vorliegen müßte, jederzeit kündigen könnte. Diese auch vom Reichsgericht ... als unangemessen bezeichnete Rechtsfolge wird mit der Unterstellung des die Bauplanung und Bauführung umfassenden Architektenvertrags unter das Recht des Werkvertrags (§ 631 ff BGB) vermieden. Das freie Kündigungsrecht würde für die Partei, der gekündigt wird, Nachteile mit sich bringen, die durch die gesetzliche Regelung nicht völlig ausgeglichen werden.

2.9.4. BGHZ 41,111: In der genannten Entscheidung hat der Bundesgerichtshof die Auffassung mißbilligt, daß eine persönliche Angelegenheit (im Sinne des § 1360 a Abs 4) immer schon dann vorliege, wenn wegen der Wichtigkeit und Bedeutung des mit der Klage geltend gemachten Anspruchs die wirtschaftliche und soziale Stellung des berechtigten Ehegatten in entscheidendem Maße beeinflußt werde, da bei einer so weiten Auslegung der Begriff "persönliche Angelegenheit" jede Begrenzung und Bestimmbarkeit verliere.

2.9.5. BGHZ 45,206: Denn keinesfalls kann angenommen werden, daß das Gesetz einerseits die Rechtsätze über die Unternehmensleistung bei den Personengesellschaften und der stillen Gesellschaft für eine Abänderung durch die Vertragsschließenden freigeben und andererseits den Umfang der Haftung unabhängig von der gewählten Gesellschaftsform bestimmen wollte. Denn das müßte bei der Fülle der verschiedenartigen Gestaltungsmöglichkeiten einer Typenvermischung im Einzelfall zu einer unheilvollen Rechtsunsicherheit führen. Man könnte mit Sicherheit niemals sagen, wie im Einzelfall die Haftungsverhältnisse in einer der genannten Gesellschaften zu beurteilen sind...

2.10. FOLGEN(im sozialen System)

2.10.1. LG Regensburg NJW 1973, S. 1844: Ein wegen fehlender Angaben von konkreten Vergleichsobjekten unwirksames Mieterhöhungsverlangen setzt die Fristen des Art. 1 § 3 Abs. 3 WohnKSchG nicht in Lauf. ... Schlösse man sich der Argumentation der Beklagten an, könnte zwar der Vermieter ... nicht auf Zustimmung zu Erhöhung klagen ..., andererseits wäre es ihm aber auch verwehrt, innerhalb von neun Monaten ... ein neues Erhöhungsverlangen zu stellen. Da dies im Ergebnis zu einer völlig einseitigen Bevorzugung des Mieters führt, kann diese Auslegung nicht rech- tens sein.

2.10.2. LG Hamburg NJW 1973, S. 2303, 2302: Es ist anzunehmen, daß mancher Adressat¹⁾ die Abwerbe- schreiben zu ungerechtfertigten Forderungen gegen- über seiner Arbeitgeberin nutzen und diese zur Er- haltung seiner Arbeitskraft zwingen wird, ihm Kon- ditionen zu gewähren, auf die er nur wegen der Ver- sprechungen an ihn persönlich adressierter Abwerbe- schreiben von Mitbewerbern seiner Arbeitgeberin An- spruch erheben zu können glaubt. ... Es ist (daher) wettbewerbswidrig, ohne vorherige Kontaktaufnahme durch persönlich gehaltene Anschreiben den Konkurrenz- unternehmen Führungskräfte abzuwerben.

2.10.3. OLG Karlsruhe OLGZ 1969, S. 332: Im vorlie- genden Fall handelt es sich aber ... nicht um eine derartige unbillige Klausel (AGB) im Sinne der Recht- sprechung. Es wäre eine Überforderung desjenigen, der auf Grund seiner Geschäftsbedingungen Verträge schließt, wenn man ihn verpflichten wollte, sämtliche Sonderregelungen ausdrücklich zu offenbaren.

1) scil. Arbeitnehmer

2.10.4. OLG München OLGZ 1973, S. 362: Des Zusammenhangs halber sei noch erwähnt, daß die Konzentration der Aktivprozesse eines Unternehmens bei einem Gerichtsstand (auf Grund von AGB) nicht allein dem Interesse des Unternehmers dient, sondern eine im Interesse der Kunden höchst erwünschte Nebenwirkung hat. Nur diese Konzentration nämlich ermöglicht eine wirksame richterliche Kontrolle des Geschäftsgebahrens des Unternehmens. Der hierin liegende Schutz der Kunden ... wird von den Gegnern der Gerichtsstandsklauseln nach Auffassung des Senats weit unterbewertet.

2.10.5. BGHZ 30,145: Denn es kann niemandem gestattet sein, einen Rechtserfolg herbeizuführen, der zwar für sich betrachtet von der Rechtsordnung nicht mißbilligt wird, sich aber im Gesamtgefüge der Handlungen dessen, der ihn herbeiführen will und in der Gesamtheit der mit ihm bezweckten Auswirkungen als Triumph einer sittlich verwerflichen Gesinnung darstellt. Die Zurücksetzung der berechtigten Interessen anderer um dieses legalen Rechtserfolges willen würde so in den Dienst eines sittlich verwerflichen Bestrebens gestellt und eben dadurch für die Betroffenen zu einem unzumutbaren Opfer. Daß ein aus einer solchen Gesinnung Handelnder ihnen dieses Opfer auferlegen kann, ist deshalb vor dem sittlichen Bewußtsein aller gerecht und billig Denkenden nicht zu rechtfertigen. Würde man das zulassen, so würde das Vertrauen auf die Macht des Rechtes erschüttert werden.

2.10.6. BGHZ 31,180: Die Revision meint, die vom Berufungsgericht vertretene Auffassung würde sowohl in den Fällen, in denen Kreditinstitute sich am Vergleich durch Stillhalten beteiligten, wie auch insbesondere in den Fällen, in denen Flüchtlingskredite

gegeben seien, dazu führen, daß gerichtliche Vergleiche durch die Zwangslage gefährdet würden, in welche die kreditgewährenden Institute hinsichtlich der Verwertung der Sicherheiten versetzt würden. Demgegenüber ist darauf hinzuweisen, daß solche wirtschaftlichen Bedenken nicht zu einer anderen Beurteilung der sich aus dem Gesetz und dem Sinn seiner Vorschriften ergebenden Rechtslage führen können. Sie erscheinen aber auch deshalb nicht begründet, weil der voll gesicherte absonderungsberechtigte Gläubiger durch ein weiteres Stillhalten dann keine Nachteile zu befürchten haben wird, wenn die Sicherungen durch den Zeitablauf keine Wertminderung erfahren und auch noch ausreichend eine Befriedigung für die bis zur vollständigen Verwertung der Sicherheiten mit Beschränkung auf die Verwertungsrechte weiterlaufenden Zinsen ... sicherstellen.

2.10.7. BGHZ 31,266: Wäre den Vertragspartnern des Treuhandverhältnisses die Aufrechnung nicht durch § 19 Abs. 2 GmbHG, sondern nur aus den Gründen versagt, unter denen beim Treuhandverhältnis die Aufrechnung ausgeschlossen ist ..., so würden bloß rein schuldrechtliche Gesichtspunkte berücksichtigt werden und die Gesellschaft, deren Gründung das Treuhandverhältnis dient, zu kurz kommen. Könnte derjenige, der durch einen Strohhmann mit einem für eigene Rechnung handelnden Dritten eine GmbH gründet, für den Ausfall an der Einlage dieses Dritten nicht nach § 24 GmbHG herangezogen werden, so wäre, wenn der Strohhmann zahlungsunfähig ist, auch diese gesetzliche Sicherung des Aufkommens des Stammkapitals durch die Verwendung eines Strohhmannes zunichte gemacht. Alle diese Folgen sind untragbar..

2.10.8. BGHZ 39,158: Dem Berufungsgericht ist sodann zuzustimmen, daß keine Umstände ersichtlich sind, die auf eine stillschweigende Vertragsabrede über eine Einschränkung der deliktischen Haftung unter den Parteien hindeuten. Neben den vom Berufungsgericht herangezogenen Gesichtspunkten fällt dabei auch ins Gewicht, daß eine solche Vereinbarung gerade nicht dem wohlverstandenen Interesse der Parteien gedient hätte. Sie hätte nämlich zur Folge gehabt, daß der Schutz der normalen Haftpflichtversicherung und der für die Schnellstrecke eingegangenen zusätzlichen Haftpflichtversicherung erheblich entwertet worden wäre.

2.10.9. BGHZ 40,390¹⁾: Für den Umfang der Verwirkung muß auch beachtet werden, welche Folgen es für den Versicherungsnehmer hat, wenn ihm die Entschädigung versagt wird... Das Berufungsgericht meint, ... (selbst) wenn die Kl. ungünstigstenfalls gezwungen wäre, zur Tilgung von Schulden einen Teil des Grundbesitzes zu veräußern, würde ihre wirtschaftliche Existenz nicht berührt. Es erscheint aber notwendig, die wirtschaftliche Lage der Kl. und ihrer fünf minderjährigen Kinder einer genaueren Prüfung zu unterziehen, um beurteilen zu können, welche Folgen die völlige oder teilweise Streichung der Mobiliarentschädigung für die Fortführung des Betriebes... hat. ...Des weiteren wird dabei auch in Rechnung zu stellen sein, daß der Hof noch durch den zwischenzeitlichen Tod des Ehemannes der Kl. dessen Arbeitskraft verloren hat.

1) vollständig abgedruckt in: Versicherungsrecht
1964, S. 154 ff

2.11. GERECHTIGKEITSERWÄGUNGEN

2.11.1. LG Koblenz NJW 1973, S. 707: Bei einer abweichenden Regelung der allgemeinen Vertragsbedingungen müssen demnach Gründe vorliegen, die für die von ihnen zu regelnden Fälle das dem dispositiven Recht zugrunde liegende Gerechtigkeitsgebot in Frage stellen und eine abweichende Regelung als mit Recht und Billigkeit vereinbar erscheinen lassen... Unter diesem Gesichtspunkt hat auch der Amtsrichter zu Recht die Geschäftsbedingungen der Klägerin überprüft. Im Ergebnis kann ihm jedoch nicht gefolgt werden.

2.11.2. BGHZ 3,107: Das Gesetz findet dort seine Grenze, wo es in Widerspruch zu den allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts oder zu dem Naturrecht tritt ... oder der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als 'unrichtiges Recht' der Gerechtigkeit zu weichen hat. Wird der Grundsatz der Gleichheit bei der Setzung des positiven Rechts überhaupt verleugnet, dann entbehrt das Gesetz der Rechtsnatur und ist überhaupt kein Recht...

2.11.3. BGHZ 16,52: Bei dieser Sachlage fehlt es zwar rein rechtlich an einer verbindlichen generellen Pensionszusage der Beklagten (Aktiengesellschaft), aber es ist doch ein Sachverhalt gegeben, der es bei Berücksichtigung der ganz besonderen weiteren Umstände des zur Entscheidung stehenden Einzelfalles als einen Treueverstoß gegenüber dem Kläger erscheinen läßt, ihm jede Pension zu versagen. Diese ganz besonderen Umstände liegen darin, daß der Kläger 36 Jahre seines Lebens im Dienste der Beklagten gestanden hat, daß er bis zur Berufung in den Vorstand der Betriebspensionskasse der Beklagten angehört hat und daß er bei

der Höhe seines Alters nicht in der Lage ist, sich ein auskömmliches Dasein und eine Sicherung seines Lebensabends zu schaffen.

2.12. GESETZ

2.12.1. LG Essen NJW 1973, S. 1464: Ob einer Auslegung des Art. 1 § 3 Abs. 3 WoKSchG dahin, daß nur ein den Erfordernissen des Art. 1 § 3 Abs. 2 WoKSchG entsprechendes Mieterhöhungsverlangen als 'Erhöhungsverlangen' i.S. des Art. 1 § 3 Abs. 3 WoKSchG anzusehen ist, schon der Wortlaut entgegenstehen würde, kann auf sich beruhen. Angesichts von Sinn und Zweck des WoKSchG... erscheint eine derartige Auslegung jedenfalls nicht richtig. Sie findet, soweit ersichtlich, in den Gesetzesmaterialien keine Stütze. Sie kann schließlich auch nicht aus der systematischen Aufgliederung des Art. 1 § 3 in mehrere Absätze hergeleitet werden.

A.A. LG Regensburg NJW 1973, S. 1844: Da dies im Ergebnis zu einer völlig einseitigen Bevorzugung des Mieters führt, kann diese Auslegung nicht rech- tens sein.

2.12.2. LG Aachen NJW 1973, S. 2025: Zu Unrecht ist bisher in der Rechtsprechung in Fällen wie dem vorliegenden die Kostenentscheidung nach § 92 ZPO getroffen worden. ... Eine Anwendung des § 92 ZPO in Anlehnung an die bisherige Rechtsprechung würde hier zu einem nicht tragbaren Ergebnis führen: Der Klägerin müßte danach mehr als die Hälfte der Kosten auferlegt werden, obwohl feststeht, daß eine solche Kostenentscheidung ... materiell unrichtig ist, und obwohl nicht zweifelhaft ist, daß eine solche Entscheidung letztlich nicht durchsetzbar ist... Es kann

nicht angenommen werden, das Gesetz wolle das Gericht hier zu einer materiell unrichtigen, letztlich nicht durchsetzbaren Entscheidung zwingen. ... Im Falle der einverständlichen Ehescheidung richtet sich (daher) die Kostenentscheidung nicht nach §§ 91,92 ZPO, sondern gemäß § 98 ZPO nach der Parteivereinbarung.

2.12.3. OLG Celle OLGZ 1973, S. 202,203: Das Schadensersatzrecht wird zwar von dem Grundsatz beherrscht, daß der Geschädigte bei Erfüllung des Haftungstatbestandes Ersatz des vollen adäquat verursachten Schadens verlangen kann, mag dem Schädiger in den Fällen der Verschuldenshaftung auch nur ein leichter Grad von Fahrlässigkeit zur Last fallen (§ 249 BGB). ... Aber schon die Lehre von der Haftpflicht des Arbeitnehmers bei gefahreneigener Tätigkeit zeigt, daß der Grundsatz 'Alles oder Nichts' nicht nur in diesen vom Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Fällen, sondern auch darüber hinaus gelegentlich unterbrochen wird. ... Ein vom Bundesjustizministerium im Jahre 1967 veröffentlichter Referentenentwurf sieht die Einführung einer Reduktionsklausel in das Bürgerliche Gesetzbuch vor, nach der das Gericht die Ersatzpflicht insoweit soll einschränken können, als sie für den Ersatzpflichtigen unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Gläubigers zu einer schweren Unbilligkeit führen würde, sofern der Schaden im Hinblick auf die die Ersatzpflicht auslösenden Umstände außergewöhnlich hoch ist. Diese Reformtendenzen sind freilich nicht unwidersprochen geblieben. Von einem Teil des Schrifttums wird darauf hingewiesen, das Alles-oder-Nichts-Prinzip dürfte aus dogmatischen Gründen nicht durchbrochen werden; es schaffe klare Verhältnisse, während seine Preisgabe den Geschädigten mit einem unerträglichen Prozeßrisiko belasten würde

(vgl. Esser Schuldrecht ...).

Ob diese Bedenken gegenüber den Reformbestrebungen durchgreifen, bedarf hier keiner Prüfung. Denn jedenfalls verbietet es die Bindung des Richters an das Gesetz, einer Reform des Schadensersatzrechts vorzugreifen und etwa schon heute vor Einführung der Reduktionsklausel durch den Gesetzgeber allein aus rechtspolitischen Gründen die Ersatzpflicht generell nach Billigkeitsgesichtspunkten einzuschränken. Eine solche Rechtsschöpfung wäre mit der verfassungsrechtlichen Aufgabenverteilung zwischen der gesetzgebenden und rechtsprechenden Gewalt unvereinbar.

Auch das geltende Schadensersatzrecht steht jedoch unter der Herrschaft von Treu und Glauben, und es ist anerkannt, daß auch die Haftungsminde rung nach § 254 BGB nur eine besondere Ausprägung des in § 242 BGB verankerten Rechtsgedankens ist. Ebenso wie die Rechtsprechung zur Haftungsminde rung bei gefahren geneigter Tätigkeit aus diesem Rechtsgedanken heraus entwickelt ist, sind auch andere Fallgestaltungen denkbar, in denen das Verlangen nach vollem Schadensersatz zu schlechthin unerträglichen Ergebnissen führen würde und deshalb hinter dem allgemeinen Gerechtigkeitsgebot zurückstehen muß. Einen solchen Fall hält der Senat hier für gegeben.

2.12.4. BGHZ 6,104,105: Als Begründung führt das Landgericht § 15 BinnSchG und das Oberlandesgericht § 16 BinnSchG an. Diese Vorschriften treffen den in Rede stehenden Fall jedoch nicht unmittelbar. ... Aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ... ist zu entnehmen, daß die Schadensersatzpflicht in der Regel denjenigen trifft, der auf die fremde Sache selbst eingewirkt hat...

2.12.5. BGHZ 10,191: Auch das Reichsgericht hat ausgesprochen, daß man, um zu einer befriedigenden Lösung von Arbeitsstreitigkeiten zu gelangen, nicht von den Vorschriften des BGB ausgehen dürfe, sondern daß man die sozialen Verhältnisse ins Auge fassen müsse, wie sie sich seit Inkrafttreten des BGB entwickelt und in der Gesetzgebung auch ausdrückliche Anerkennung gefunden haben...

2.12.6. BGHZ 11,83: Jede schuldhafte Leistungsstörung ... begründet eine Verpflichtung zum Schadensersatz. Dieser in Rechtslehre und Rechtsprechung allgemein anerkannte Rechtssatz ist auch ohne ausdrücklichen Ausspruch als Gesetzesinhalt anzusehen ...

2.12.7. BGHZ 14,8,9: Das Berufungsgericht nimmt ... an, daß auf die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien ausschließlich die Vorschriften der §§ 987 bis 993 BGB anzuwenden seien... Diese Auffassung des Berufungsgerichts ist rechtsirrig ... Die Revision glaubt, einen Bereicherungsanspruch aus § 816 BGB herleiten zu können ... Dies ist jedoch rechtsirrig ... Der Bereicherungsanspruch ... findet vielmehr seine rechtliche Grundlage im § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB.

2.13. INSTITUT

2.13.1. LG Bonn NJW 1973, S. 2292: Es ist anerkannten Rechts, daß jeder Eigentümer von Sachen, die ihrer Natur nach für die Rechte anderer Gefahren mit sich bringen können ..., die Sache in angemessene strenge Obhut nehmen muß, um eine Verletzung der Rechte Dritter zu verhindern ... Eine solche Verpflichtung zur Gefahrenabwehr, für die sich die Bezeichnung 'Verkehrssicherungspflicht' eingebürgert hat ..., traf aber die Beklagte ...

2.13.2. BGHZ 10,72: Für die Entscheidung ist wesentlich, ob der Beklagte ein Anwartschaftsrecht auf das Eigentum an dem Wagen erworben hatte.

2.14 INTERESSENABWÄGUNG

2.14.1. LG Essen NJW 1973, S. 2290, 2291 (Zur Frage, ob in der Anbringung eines Wahlplakates am Fenster einer Mietwohnung in Zeiten eines Wahlkampfes ein vertragswidriger Gebrauch der Mietsache gem. § 550 BGB zu erblicken ist):... Die Kammer will nicht ausschließen, daß ein ... Unterlassungsanspruch ... im Einzelfall gegenüber dem Grundrecht des Mieters auf freie Meinungsäußerung zurücktreten müsse, wenn die Abwägung der widerstreitenden Parteiinteressen sowohl ein deutliches Obergewicht des Mieterinteresses erkennen läßt als auch ergibt, daß beachtenswerte Belange des Vermieters und Eigentümers nicht vorhanden sind. Das ist hier indes nicht der Fall. Die Beklagten sind durch die ihnen untersagte verkehrsunübliche Demonstration ihrer politischen Meinung nur unerheblich in ihrem Grundrecht beeinträchtigt. Ihnen stehen und standen nämlich auch gerade im Wahlkampf vielerlei Möglichkeiten offen, ihrer politischen Überzeugung Ausdruck zu geben, ohne dabei in vertraglich gesicherte Rechte oder in das Eigentum anderer eingreifen zu müssen. Ist demnach schon das Interesse der Beklagten gering zu bewerten, gerade in der hier geübten Weise ihrer politischen Meinung Ausdruck geben zu können, so steht diesem Interesse auf Seiten des Klägers ein beachtliches Interesse an dem vertragstreuen Verhalten der Beklagten und an der Bewahrung seines Eigentums vor einer Beeinträchtigung der hier vorliegenden Art entgegen. Zwar ist durch das Verhalten der Beklagten der Hausfriede nicht gestört worden, weil andere Mitbewohner mit dem Verhalten der Beklagten einverstanden waren oder in gleichartiger Weise verfahren sind. In der Vermeidung von Störungen des Hausfriedens erschöpfen sich jedoch die hier zu beachtenden Interessen des Klägers nicht. Nach den mündlich

und schriftlich vorgebrachten Anfragen und Protesten eines Teils seiner Kunden fürchtete der Beklagte mit Recht weitere Reaktionen dieser oder anderer Kunden, insbesondere deren Fortbleiben, wenn er Wahlreklame für irgendeine politische Partei in den Fenstern seines Hauses, das seinem Geschäft unmittelbar benachbart ist, duldete. Das hoch einzuschätzende Interesse des Klägers am ungestörten Fortgang seines Erwerbsbetriebes ist nach Auffassung der Kammer im Rahmen der Bewertung seines Eigentumsrechtes an dem Wohnhaus nicht unberücksichtigt zu lassen; diesem Recht ist gegenüber dem Anspruch der Beklagten, in der hier geübten Weise ihrer politischen Meinung Ausdruck zu geben, der Vorrang einzuräumen.

2.14.2. OLG Karlsruhe OLGZ 1969, S. 329-331; Nr. III 9 f dieser Allgemeinen Geschäftsbedingungen bestimmt, daß der Gebührenanspruch der Klägerin auch dann entsteht, wenn der Empfänger (eines Angebots, d.h. der Auftraggeber) ihr mitteilt, daß er mit dem Vertragspartner einig geworden ist, und zur Einstellung der Bearbeitung auffordert. Eine solche Klausel ist rechtswirksam. Sie ist nicht als unangemessene, überraschende Klausel im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu bezeichnen... Die vorliegende Klausel verkörpert weder die mißbräuchliche Verfolgung einseitiger Interessen der Klägerin auf Kosten der Beklagten, noch widerspricht sie bei Abwägung der Interessen der normalerweise an Maklerverträgen beteiligten Personen der Billigkeit. ... Der Makler hat ... seine Bemühungen zu einem Erfolg geführt, der zwar den Voraussetzungen des § 652 BGB noch nicht voll entspricht, ihrem eigentlichen Sinn aber schon sehr nahe steht ... Wollte man ihm die Vergütung für den bereits erbrachten Erfolg verweigern, so würde dies für den Makler zu einer unbilligen Härte führen.

2.14.3. BGHZ 22,97-100: Für die Frage, wann der völlige Ausschluß der Gewährleistungsansprüche mit den allgemeinen rechtlichen Geboten in Widerspruch tritt, ist ... auf die Verhältnisse des Einzelfalles in der Weise abzustellen, daß es auf die Besonderheiten des in Betracht kommenden Warenkaufs sowie auf die Interessen der an einem solchen Kauf üblicherweise beteiligten Verkäuferschicht und Käuferschicht ... ankommt. ... Bei dem Einkauf fabrikneuer Möbel ist es typischerweise ein schutzwertes Anliegen des Käufers, daß er eine mangelfreie Ware erhält. ... So beachtlich bei einem Kauf fabrikneuer Möbel dieses Anliegen des Käufers nach mangelfreier Ware auch ist, so wird man allerdings doch nach Treu und Glauben zugunsten des Verkäufers berücksichtigen müssen, daß das schutzwerte Interesse des Käufers in ausreichendem Umfang gewahrt ist, wenn er an Stelle eines Minderungs- oder Wandlungsrechts ein Nachbesserungsrecht gegenüber seinem Verkäufer erhält. Denn nicht in der nach Gewährleistungsrecht gegebenen Möglichkeit einer preislichen Änderung oder Aufhebung des Kaufvertrages besteht das schutzwerte Interesse des Käufers, sondern darin, daß er eine mangelfreie Ware zu dem vereinbarten Preis erhält. Dieses Interesse kann auch dadurch gewahrt werden, daß ein aufgetretener Mangel in sachgerechter Weise durch den Verkäufer beseitigt wird. Auf diese Weise wird auch dem schutzwerten Interesse des Verkäufers an einer Aufrechterhaltung des Vertrages zu den vereinbarten Bedingungen sinnvoll Rechnung getragen. Die Berücksichtigung des hier in Betracht kommenden schutzwerten Interesses des einzelnen Käufers daran, daß er eine mangelfreie Ware erhält, ist bei einem solchen Kauf um so mehr geboten, als es sich bei den Personen dieser Käuferschicht vielfach um solche handelt, die geschäftsunerfahren und geschäftsungewandt sind und sich demzufolge über die Tragweite der

sie unbillig belastenden Freizeichnungsklausel nicht im klaren sind. Diese Tatsache verlangt in diesem Rahmen eine besondere Beachtung.

2.14.4. BGHZ 23,305,306: Die OHG kennt keine im Interesse der Gesellschaftsgläubiger festgesetzte Einlagepflicht und sie weist keine Sicherheitsmaßnahmen zur Erhaltung des Gesellschaftsvermögens zugunsten der Gesellschaftsgläubiger auf. Im Interesse der Sicherheit dieser Gläubiger ist daher die persönliche Haftung der Gesellschafter eingeführt. Sie dient zugleich der OHG, da dadurch ihre Kreditfähigkeit erhöht wird. Diese Erwägung spricht dafür, daß die Gläubiger der OHG die einzelnen Gesellschafter auf Erfüllung in Anspruch nehmen können. ... Andererseits ist bei der Auslegung des § 128 HGB das Schutzinteresse des einzelnen Gesellschafters zu berücksichtigen..., der in seiner Privatsphäre nur so weit betroffen sein will, wie es sich mit dem Sicherungsinteresse des Gläubigers und dem Gesellschaftsinteresse auf Erhaltung der Kreditfähigkeit vereinbaren läßt. ... Bei der Entscheidung, ob im Einzelfall ein Gesellschafter auf Erfüllung persönlich in Anspruch genommen werden kann oder ob er nur auf das Interesse an der Erfüllung durch die Gesellschaft haftet, sind diese Interessen gegeneinander abzuwägen. Dabei ist zu beachten, daß die Teilhaber einer OHG sich zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts zusammenschließen. Insoweit sind sie nach § 705 BGB zur Förderung des gemeinsamen Zwecks verpflichtet. Diese Verpflichtung erfaßt, soweit keine zusätzlichen Vereinbarungen getroffen werden ..., nur die Gesellschaftssphäre ... In diesem Umfang muß deshalb ihr Interesse an der Freihaltung der Privatsphäre zurücktreten. Soweit sie sich durch die Eingehung einer OHG zur Leistung gegenüber der OHG verpflichtet haben, besteht kein Anlaß mehr, das Interesse des Gläubigers an einer Erfüllung durch die einzelnen Gesellschafter selbst hintan zu setzen.

2.14.5. BGHZ 37,77,78: Umstritten ist dagegen, ob auch weitere, also freiwillige Zahlungen auf die Stammeinlage vor Eintragung der Gesellschaft wirksam sind. Das wird vom Reichsgericht ... verneint, dagegen von vielen anderen bejaht... Beide Auffassungen haben gute Gründe zur Seite... Der Senat schließt sich der Ansicht des Reichsgerichts an. Der Schutz des Rechtsverkehrs verdient den Vorzug vor der Berücksichtigung der Interessen der Gesellschafter. Ein Gesellschafter, der während des Gründungsstadiums über die gesetzlich oder statuarisch vorgesehenen Beträge hinaus freiwillig Zahlungen auf seine Stammeinlage leistet, tut das im Vertrauen auf den wirtschaftlichen Erfolg des gegründeten Unternehmens und muß das mit seinen freiwilligen Mehrleistungen verbundene Risiko selbst tragen.

2.15. KONSENS

2.15.1. LG Ravensburg NJW 1973, S. 1126: Maßgeblich ist jedoch nicht, ob die sich in den AGB unterwerfende Vertragspartei im Einzelfall von einer Klausel überrascht worden ist, sondern ob ein billig und gerecht denkender Mensch, also ein aufgeschlossener, mündiger Staatsbürger, mit einer solchen Klausel rechnen würde ... Sofern sich, wie im vorliegenden Fall, der Sitz des Unternehmens aus dem Kaufvertrag ergibt, kann auch hier der Kunde nicht annehmen, daß der Unternehmer auf die Vorteile der üblichen Gerichtsstandsklausel verzichten werde.

2.15.2. BGHZ 12,299: Es entspricht neuerlicher Auffassung, daß derjenige Abkömmling, der ständig auf dem Hof gearbeitet und auf ihm geheiratet hat, auch seit Jahren zum Hofnachfolger ausersehen war, den Hof späterhin tatsächlich erhält, wenn er sich hierauf ein-

gestellt hat und nicht zwingende Gründe die Wahl eines anderen Hofnachfolgers rechtfertigen.

2.15.3. BGHZ 13,70: Der Antisemitismus ist durch die nationalsozialistische Staatsregierung in erheblichem Maße gefördert und von ihr kraftvoll vorwärts getrieben worden, er hätte niemals ein solches Ausmaß erreicht, wenn er nicht ein wesentlicher Programmpunkt des Nationalsozialismus gewesen wäre, dem sich der einzelne Staatsbürger nur schwer entziehen konnte. Nunmehr dem Urheber dieses allgemein anerkannten Unrechts wegen dieser Politik Entschädigungsansprüche zuzusprechen, würde einer Rechtfertigung dieser Maßnahmen gleichkommen.

2.15.4. BGHZ 26,33: Die Rechtsordnung hat die Ver selbständigung von Sondervermögen in Form einer Einmanngesellschaft anerkannt.

2.15.5. BGHZ 29,254: Dies ist in der Rechtsprechung... und auch im Schrifttum ... anerkannt. Eine gegenteilige Auffassung wird, soweit ersichtlich, nirgends vertreten.

2.15.6. BGHZ 30,142: Nach der im abendländischen Kulturkreis herrschenden sittlichen Anschauung, die sich in den letzten Jahrzehnten auch in den außerhalb dieses Kulturkreises liegenden Ländern mehr und mehr durchzusetzen beginnt, kann eine Ehe als grundsätzlich dauernde und vollkommene Lebensgemeinschaft zwischen Mann und Frau nur dann in einer der personenhaften Würde der Ehegatten entsprechenden Weise geführt werden, wenn sie als Einehe geführt wird.

2.15.7. BGHZ 34,86: Der Sinn dieser Rechtsprechung geht dahin, diesen äußeren gegenständlichen Bereich der Ehefrau ... zu schützen ... Ein rechtlicher Zwang,

ja auch nur ein wirtschaftlicher Druck zur Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft und zur Unterlassung ehewidriger oder ehebrecherischer Beziehungen ist unserem Recht fremd und darf nicht ausgeübt werden.

2.16. KONSTRUKTION ("Konstruktion bedeutet ... Zurückführung des in der konkreten Fallsituation an Gerechtigkeitsproblematik Enthaltenen auf schon anerkannte Kriterien des sogenannten Rechtserheblichen und ihre Zuordnung zu den im Rechtssatz enthaltenen Elementen".¹⁾).

2.16.1. BGHZ 14,4: Gleichwohl würde eine solche Unterscheidung die juristische Konstruktion über die Bedürfnisse des Lebens stellen und dem Zweck der Vorschrift des § 504 BGB nicht entsprechen...

2.16.2. BGHZ 34,360: Im juristischen Schrifttum hat die Konstruktion des Handelns auf eigene Gefahr als einer rechtfertigenden Einwilligung in mögliche Rechtsgutverletzungen in zunehmendem Maße Ablehnung gefunden. Dabei ist besonders auf die gekünstelte und lebensfremde Betrachtung, die unpassende rechtsgeschäftliche Einkleidung und die mangelnde Eignung der Konstruktion zur Findung eines sachgemäßen Ergebnisses hingewiesen worden...

2.17. LOGIK

2.17.1. BGHZ 2,383: ... das Berufungsgericht hat (zu Recht) ausdrücklich festgestellt, die Vertragsschließenden hätten ... die rechtlichen Beziehungen

1) Esser, Wertung, S. 15

zwischen den Parteien... restlos und endgültig lösen wollen. Mit dieser Feststellung würde die Annahme, der Beklagte habe stillschweigend eine ... ("Garantieübernahme für die Ertragsfähigkeit des Abfindungskapitals zur Erfüllung des Alimentationszwecks") übernommen, in Widerspruch stehen.

2.17.2. BGHZ 23,12,13: Die Gründe, mit denen das Reichsgericht ... die Zulässigkeit eines Ausschlusses des ordentlichen Kündigungsrechts bei einer stillen Gesellschaft bejaht hat, stützen sich allein auf eine rein formal gehaltene Auslegung des § 339 HGB. Die Tatsache, daß § 339 HGB auf die Vorschrift des § 732 BGB nur insoweit verweist, als diese Vorschrift Bestimmungen über die Kündigung aus wichtigem Grund enthält, ist für das Reichsgericht ein ausreichender Anlaß, um daraus den Umkehrschluß zu ziehen, daß das gleiche für die Bestimmungen des § 723 BGB über das ordentliche Kündigungsrecht nicht gilt ... Diese recht formallogische Begründung des Reichsgerichts befriedigt nicht. Sie läßt namentlich die Tatsache außer acht, daß der klare Sinn des § 339 HGB darin besteht, daß bei der stillen Gesellschaft die ordentliche Kündigung nach den für die offene Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften, die außerordentliche Kündigung (Kündigung aus wichtigem Grund) hingegen nach den für die bürgerlichrechtliche Gesellschaft geltenden Vorschriften geregelt werden soll. ... Bei dieser Sachlage wäre es vom Standpunkt des Reichsgerichts aus allein folgerichtig gewesen, die Frage nach der Zulässigkeit eines Ausschlusses des ordentlichen Kündigungsrechts bei der stillen Gesellschaft allein danach zu beantworten, wie diese Frage für die offene Handelsgesellschaft zu entscheiden ist. Es ist nicht verwunderlich, daß das Schrifttum, soweit es dem Reichs-

gericht in dieser Frage im Ergebnis gefolgt ist, sich nicht mit seiner formallogischen Begründung begnügt, sondern insoweit auf die besonderen sachlichen Verhältnisse bei der stillen Gesellschaft zurückgreift.

2.18. MAXIME ("Die Maxime ist ... Ausdruck einer nicht begrifflich technisierten Rechtswahrheit, eines Gerechtigkeitspostulats, das jenseits von Dogmatik und Theorie prinzipielle Geltung hat".¹⁾)

2.18.1. BGHZ 25,53: Denn es ist selbstverständlich, daß sich der Schuldner zur Abwehr eines gegen ihn gerichteten Anspruchs nicht auf die Grundsätze von Treu und Glauben berufen kann, wenn er sich selbst unredlich verhalten und dadurch die verspätete Geltendmachung des gegen ihn gerichteten Anspruchs veranlaßt hat.

2.18.2. BGHZ 31,229: In der Rechtsprechung ist anerkannt, daß der Anspruch des Unternehmers aus § 649 BGB ... entfällt, wenn der Besteller wegen eines den Vertragszweck gefährdenden Verhaltens des Unternehmers gekündigt hat ... Dem ist beizutreten; denn anderenfalls würde der Unternehmer aus seiner eigenen Vertragswidrigkeit Nutzen ziehen (§ 242 BGB).²⁾

2.19. NATUR DER SACHE

2.19.1. LG Koblenz NJW 1973, S. 709: Der Amtsrichter sieht in dieser Entlastung des Vermieters auf Kosten des Mieters eine ungerechtfertigte Verteilung der Lasten aus dem Vertrag. Dem kann nicht gefolgt werden. ... Es kommt vielmehr darauf an, ob Gründe vorliegen, die das dem dispositiven Recht zugrundeliegende Gerechtigkeitsgebot in Frage stellen und eine abwei-

1) Esser, Grundsatz und Norm, S. 100 f.

2) vgl. Esser, Grundsatz und Norm, S. 99: "No man should profit by his own iniquity or take advantage of his own wrong" als typische Maxime der equity.

chende Regelung als mit Recht und Billigkeit vereinbar erscheinen lassen... . Unter diesen Umständen entspricht es der Natur des Finanzierungsleasings, daß der Leasinggeber nicht für die Lieferung des Leasinggegenstandes ... und nicht für Sach- oder Rechtsmängel einzustehen hat ...

2.19.2. OLG Celle OLGZ 1973, S. 201: Es kommt hinzu, daß die Haftungs-minderung bei gefahrengeneigter Tätigkeit gerade aus dem Wesen der Betriebsgemeinschaft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ... begründet wird...

2.19.3. BGHZ 5,66: Ohne die aus der Natur der Sache fließende Sonderregelung des § 618 Abs. 3 BGB wären die Familienmitglieder eines verunglückten Dienstverpflichteten zwar dann einigermaßen gesichert, wenn der Unfall nicht zum Tod, sondern nur zur Erwerbsunfähigkeit geführt hätte... Die Familie wäre aber dann vertraglich völlig ungesichert, wenn das vertragliche Verschulden des Dienstherrn die unvergleichlich schwerere Folge des Todes ihres Ernährers herbeigeführt hätte.

2.19.4. BGHZ 13,307: Gerade auch aus der Natur des Beamtenverhältnisses und damit auch des Versorgungsverhältnisses folge die Rechtspflicht der Beteiligten ..., ihr Verhalten dem Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme zu unterstellen ...

2.20. PRÄJUDIZ

2.20.1. LG Essen NJW 1973, S. 1704: Zur Begründung ihrer Ansicht berufen sich Stein-Jonas und Wieczorek auf RG, JW 96,202. ... Auf die gleiche Entscheidung des RG beruft sich Baumbach-Lauterbach ... für seine

gegenteilige Auffassung. ... Vorab ist zu bemerken, daß sich aus der Entscheidung des RG, JW 96,202 für die zu entscheidende Frage wenig ableiten läßt. Sie ist unter heute nicht mehr geltenden Vorschriften des materiellen Rechts ergangen.

2.20.2. LG Hamburg NJW 1973, S. 2255: Dieser psychische Druck muß im vorliegenden Fall dazu führen, daß der durch die Miete gewollte Zweck (Ruhe und Erholung) vereitelt wird und daher ein vertragsgemäßer Gebrauch (der Urlaubswohnung) nicht möglich ist. Daß von der Mietsache ausgehende psychische Beeinträchtigung einen Fehler i.S. des § 537 Abs. 1 BGB darstellen können, ist im übrigen z.B. für den Fall anerkannt, in dem eine Wohnung durch früheren Aufenthalt von Prostituierten in Verruf geraten ist...

2.20.3. OLG Köln OLGZ 1966, S. 267: Der Sicherungsschein stellt, wie nunmehr durch BGH VersR 64,131 geklärt sein dürfte, keine Urkunde über eine genehmigte Abtretung des Versicherungsanspruchs dar.

2.20.4. BGHZ 5,111,112: Es wird an der Rechtsprechung des Reichsgerichts festgehalten, daß Zweifel bei der Auslegung von Formularverträgen gegen die Vertragspartei auszulegen sind, die das Formular gewählt hat und sich klarer hätte ausdrücken können ..., insbesondere kann ein Ausschluß der Haftung für eigenes Verschulden oder das vom Erfüllungsgehilfen nur bei ausdrücklicher Erklärung angenommen werden (RG HansGZ Hpt B1 1889 Nr. 99).

2.20.5. BGHZ 5,188: Die Ehe ist die engste menschliche Lebensgemeinschaft (BGHZ1,87 [90]).

2.20.6. BGHZ 11,84: Wird durch die 'positive Vertragsverletzung' der Vertragszweck derart gefährdet, daß dem vertragstreuen Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles ... die Fortsetzung des Vertrages ... nicht zugemutet werden kann, so kann er seinerseits die Erfüllung des Vertrages verweigern und nach seiner Wahl Schadensersatz wegen Nichterfüllung ... verlangen oder auch vom Vertrage zurücktreten (RGZ 54,98; 57,114; 67,5 f; 311 [317]; 93,285 f; 104,15 f; 106,22 [25 f]; 152,119 ff = JW 1936,3529 Nr 3 mit Anmerkung von Barz auf S 3531 unter Ziff 2; RGZ 161,330 [337]; RG GruchBeitr 65,221 Nr 27; WarnRspr 1917 Nr 83 S 118 f; 1918 Nr 137 S 206 f; RG JW 1927,1632 Nr 4; 1936,2391 Nr 7; 1938, 2010 Nr 10; BR 1939,1881 [1883]).

2.20.7. BGHZ 13,46: Zwar ist die Ansicht des Berufungsgerichts, die Bestimmungen über Stoppreise im Grundstücksverkehr seien nichtig, irrig. ... Der Bundesgerichtshof hat in ständiger Rechtsprechung die Rechtsgültigkeit dieses Gesetzes und der Verordnung vom 26. November 1936 angenommen.

2.20.8. BGHZ 13,280: Daraus folgt, daß im deutschen Rechtskreis ... die Gerichte, auch die oberen Gerichte, darauf angewiesen sind, für ihre nur in den Urteilsgründen vorgetragenen Rechtsauffassungen die freiwillige Gefolgschaft der übrigen Gerichte und der sonstigen staatlichen Stellen zu finden. Sie können sich insoweit nur durch die innere Überzeugungskraft ihrer Rechtsprechung, nicht aber durch rechtlich bindenden Zwang durchsetzen.

2.20.9. BGHZ 34,83,84: Das Berufungsgericht beruft sich zur Begründung seiner Rechtsauffassung auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts, die im Zusammenhang

mit der Auslegung der §§ 1353,242 BGB ergangen ist. Das ist jedoch nicht möglich. Das Reichsgericht hat verhältnismäßig früh aus § 1353 BGB die Pflicht eines jeden Ehegatten hergeleitet, auch bei der Geltendmachung vermögensrechtlicher Ansprüche sein Verhalten so einzurichten, daß es mit dem sittlichen Wesen der Ehe im Einklang steht (RGZ 87,63). Demzufolge muß nach Meinung des Reichsgerichts die Geltendmachung vermögensrechtlicher Ansprüche überhaupt als ausgeschlossen angesehen werden, wenn sie den Umständen nach dem Wesen der Ehe widerstreitet (vgl. auch RG JW 1924,678). Dieser Auffassung des Reichsgerichts sind mehrere Oberlandesgerichte gefolgt. Dabei ist auch ausgesprochen worden, daß es nicht der Wille des Gesetzes sein könne, einem Ehegatten, dem es die Rechtspflicht zu einem dem sittlichen Wesen der Ehe entsprechenden Verhalten auferlege, die gegen diese Verpflichtung verstoßende Durchsetzung eines vermögensrechtlichen Anspruchs zu ermöglichen (OLG München HRR 1938 Nr. 1162; KD DR 1941,2000; OLG Dresden DR 1943,694). Der tragende Grundgedanke all dieser Entscheidungen geht dahin, den anderen Ehegatten in seinem äußeren gegenständlichen Lebensbereich zu schützen, nicht aber dahin, das ehewidrige oder ehebrecherische Verhalten des schuldigen Ehegatten zu verhindern.

2.21. PRAKTIKABILITÄT

2.21.1. BGHZ 21,335,336: Eine Verurteilung nach den Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung würde auf Rückgängigmachung der ungerechtfertigten Vermögensvermehrung der Beklagten gerichtet sein...
... Freilich würde die Höhe der Bereicherung der Beklagten noch festgestellt werden müssen. Das würde erheblichen praktischen Schwierigkeiten begegnen;

denn sie würde davon abhängen, wieviel Treibstoff in derartigen Fällen verbraucht und wieviel Zeit aufgewendet werden muß, um bei Beginn und bei Beendigung des Parkens einen geeigneten Abstellplatz außerhalb der Parkfläche auszusuchen.

2.21.2. BGHZ 26,223,224: Schließlich bleibt trotz der Ausführungen von Boehmer unklar, wie der Umfang der Schadensersatzpflichten bei einer schuldhaften Zerstörung der Ehe bemessen werden soll. Wenn man, wie dies Boehmer wohl will, mit dem Schutzzweck der Vorschrift des § 1353 BGB die Ersatzpflicht für Kosten des Ehelichkeitsanfechtungsprozesses bejahen wollte, so besteht kein zwingender Grund, die Ersatzpflicht für sonstige infolge der Zerstörung der Ehe entstehende vermögensrechtliche Schäden abzulehnen, also zu Folgen zu kommen, die Boehmer selbst als 'unmöglich' bezeichnet. Mit einer so allgemein gehaltenen Forderung wie der, daß 'der verlangte Schadensersatz sich im Rahmen des Schutzzwecke der jeweiligen Schutznorm hält', läßt sich ein Umfang der Schadensersatzpflicht nicht eindeutig bestimmen.

2.21.3. BGHZ 34,364: Mit der Zuordnung der praktisch wichtigsten Fälle bewußter Selbstgefährdung zum Anwendungsbereich des § 254 BGB ist allerdings der oft aufgestellte starre Grundsatz aufgegeben, daß das Handeln in Kenntnis konkreter bevorstehender Gefahr Handeln auf eigene Gefahr bedeutet und daher Schadensersatzansprüche ausschließt. Die Aufgabe dieses Grundsatzes ist aber nach der Auffassung des Senats kein Nachteil. Auch die bisher in der Rechtsprechung herrschende Auffassung konnte den Grundsatz nicht folgerichtig durchführen, sondern mußte ihn durch zum Teil sachwidrige Ausnahmen einschränken. Außerdem war in der Rechtsprechung die deutliche Neigung festzustellen, dadurch den Boden für die

anpassungsfähige Regelung des § 254 BGB zu gewinnen, daß man an den Beweis der Kenntnis besonderer Gefahrenmomente so hohe Anforderungen stellte, daß er selten erbracht wurde.

2.22. PRINZIP

2.22.1. BGHZ 9,163: Daß die Ausschließung eines GmbH-Gesellschafters selbst beim Schweigen der Satzung rechtlich zulässig ist, läßt sich auch aus der Treupflicht ableiten ... Wenn auch anders als bei der offenen Handelsgesellschaft kein Gemeinschaftsverhältnis besteht und darum nicht schon hieraus die Pflicht zu gegenseitiger Treue abgeleitet werden kann, so obliegt den Gesellschaftern einer GmbH doch eine echte, nicht bloß den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) beinhaltende Treupflicht, weil die Beziehungen des Gesellschafters zur GmbH und seinen Mitgesellschaftern nicht rein kapitalistisch, sondern auch persönlicher Art sind...

2.22.2. BGHZ 21,107,108: Gefälligkeiten des täglichen Lebens werden sich regelmäßig außerhalb des rechtsgeschäftlichen Bereichs halten. Das gleiche gilt für Gefälligkeiten, die im rein gesellschaftlichen Verkehr wurzeln ... Der Wert einer anvertrauten Sache, die wirtschaftliche Bedeutung einer Angelegenheit, das erkennbare Interesse des Begünstigten und die nicht ihm, wohl aber dem Leistenden erkennbare Gefahr, in die er durch eine fehlerhafte Leistung geraten kann, können auf einen rechtlichen Bindungswillen schließen lassen ... Wendet man diese Rechtsgrundsätze auf den zur Entscheidung stehenden Fall an, so ergibt sich folgendes: ... Die Klägerin konnte und durfte darauf vertrauen, daß ihr die Beklagte einen zuverlässigen Fahrer zuwies, und die Beklagte durfte dieses Vertrauen nicht enttäuschen.

2.22.3. BGHZ 32,101: Die Bürgschaft ist zwar nach den §§ 765,767,768 BGB in ihrem Bestand und Umfang von der Hauptschuld abhängig. Die gegen die Hauptforderung gerichteten Maßnahmen können aber, wie bereits ausgeführt, nicht über die Grenzen des enteignenden Staates hinausgreifen. Das würden sie, wenn sie das Erlöschen der Bürgschaft zur Folge hätten. Um ein solches, mit dem Territorialitätsgrundsatz unvereinbares Ergebnis zu verhindern, ist die Rechtslage daher im Verhältnis zwischen Gläubiger und Bürgen so anzusehen, als ob die Enteignung oder die ihr unter den obwaltenden Umständen gleichstehende Beschlagnahme nicht erfolgt wären.

Diese Regelung entspricht auch der Billigkeit; denn dem inländischen Gläubiger ist nicht zuzumuten, neben dem Verlust der Hauptforderung durch den Eingriff des ausländischen Staates obendrein noch seine Forderung gegen den inländischen Bürgen zu verlieren. Im Widerstreit zwischen dem Grundsatz territorialer Begrenzung von Enteignungseingriffen und dem Grundsatz der Abhängigkeit der Bürgschaftsforderung von der Hauptforderung verdient daher der erstgenannte Grundsatz den Vorzug, der letztgenannte muß demgegenüber zurücktreten.

2.23. RECHTSEMPFINDEN

2.23.1. LG Ravensburg NJW 1973, S. 2303: Die Bestimmung des Wohnsitzes des Beklagten als Gerichtsstand ist ... nicht gerechtigkeitsneutral. Denn es läßt sich nicht bestreiten, daß es im Verhältnis zwischen dem in der Regel wirtschaftlich stärkeren und Zeit und Art des Klagangriffs bestimmenden Unternehmer und dem Kunden das Rechtsgefühl nicht mehr befriedigt, wenn der Kunde an seinem Wohnsitz und nicht anderswo verklagt werden muß.

2.23.2. BGHZ 11,26,27: Das Berufungsgericht hat nicht verkannt, daß die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs in voller Höhe nach Lage des Falles sehr wohl zu einem Ergebnis führen könne, daß dem Rechtsempfinden widerspreche ... Es lassen sich in der Tat Fälle denken, bei denen eine Zusprechung des Schadensersatzes im vollen Umfange einen beträchtlichen wirtschaftlichen Vorteil für den Rückgriffsberechtigten in sich schließt, der ihm ohne sein Zutun zu Lasten des Rückgriffspflichtigen zufällt.

2.23.3. BGHZ 37,55: (Das Berufungsgericht führt aus:) Unter diesen Umständen verstoße das Klagebegehren des Klägers gegen das Rechtsgefühl aller billig und gerecht Denkenden, gegen die guten Sitten, es sei eine unzulässige Rechtsausübung. ... Die von der Revision hiergegen erhobenen Angriffe sind berechtigt.

2.23.4. BGHZ 47,114: Wer trotz Kenntnis der Fälschung weder den Wechselinhaber aufklärt, noch sich darum kümmert, daß der Fälscher die Angelegenheit regelt, verstößt regelmäßig gröblich gegen das allgemeine Anstandsgefühl.

2.24. STANDARD ("Es geht hier um Urteilsmaßstäbe gegenüber menschlichem Verhalten, die nicht in festen Normen vorgefaßt sind, sondern lediglich durch eine Verweisung auf vorrechtliche Wertungsmaßstäbe [z.B. den standard of reasonable man] elastisch im Zeitbild der Gesellschaft bleiben."¹⁾)

1) Esser, Standards, S. 140

2.24.1. LG Ravensburg NJW 1973, S. 1126: Maßgeblich ist jedoch nicht, ob die sich in den AGB unterwerfende Vertragspartei im Einzelfall von einer Klausel überrascht worden ist, sondern ob ein billig und gerecht denkender Mensch, also ein aufgeschlossener, mündiger Staatsbürger, mit einer solchen Klausel rechnen würde Sofern sich, wie im vorliegenden Fall, der Sitz des Unternehmens aus dem Kaufvertrag ergibt, kann auch hier der Kunde nicht annehmen, daß der Unternehmer auf die Vorteile der üblichen Gerichtsstandsklausel verzichten werde.

2.24.2. LG Essen NJW 1973, S. 2290: Mit der Anbringung des Wahlplakates haben die Beklagten (Mieter) das in dem Mietvertrag eingeräumte Recht zum Gebrauch der Wohnung überschritten... Art und Umfang des Rechtes des Mieters zum Gebrauch der Mietsache bestimmen sich nach dem Mietvertrag und mangels ins Einzelne gehender Vereinbarungen über das Gebrauchsrecht nach dem Gesetz und der Verkehrssitte. ... Es ist ... in einem Mietwohnhaus unüblich und damit vom Gebrauchsrecht des Mieters nicht gedeckt, die Fensterflächen ... mit Plakaten ... zu bekleben. Eine gegenteilige Verkehrssitte hat sich, auch was das Anbringen von Wahlreklame betrifft, nicht entwickelt. Zwar ist es im letzten Wahlkampf bei verstärktem Engagement der Wähler in einzelnen Fällen auch zum Aushang von Wahlplakaten in Fenstern gekommen. Diese vereinzelt Fälle, die im übrigen Widerstand hervorgerufen haben sollen, haben eine Änderung der Verkehrssitte nicht herbeiführen können.

2.24.3. BGHZ 33,218: Im Anschluß an die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts hat der Bundesgerichtshof ... den Rechtsgrundsatz vertreten, daß für die Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen nicht

der Wille und die Absicht der Parteien des Einzelgeschäfts zu erforschen sind, vielmehr unabhängig von den Umständen des Streitfalles allein ihr Inhalt maßgebend ist ... Auszugehen ist von dem Willen verständiger und redlicher (gedachter) Vertragspartner, die ihrem Geschäftsverkehr eine allgemeine Grundlage geben wollen.

2.24.4. BGHZ 48,113,114: Wie ... ausgeführt, ist es der Sinn und Zweck des § 639 Abs. 2 BGB, den Besteller des Zwanges zu entheben, bereits während noch laufender Nachbesserung des Unternehmers diesen wegen der Mängel mit einer Klage überziehen zu müssen, um der drohenden Verjährung vorzubeugen. Gerade der verständige Bauherr, dem es darauf ankommt, den Unternehmer im Guten zur Beseitigung der Mängel zu veranlassen, wird es vermeiden, während der laufenden Nachbesserung durch eine Klage das Einvernehmen der Vertragsteile und die Nachbesserungsbereitschaft des Unternehmers zu stören.

2.25. SYSTEM (1. der Richter prüft, ob "his decision or the grounds thereof will serve ... as a measure or pattern of decision of like cases for the future ..." ¹⁾; 2. zielt auf den historisch geschaffenen, professionell konsentierten dogmatischen Rahmen, unter dem die Entscheidung zu einem folgerichtigen Einklinken in benachbarte Problemkomplexe gebracht werden muß ²⁾).

2.25.1. BGHZ 5,68: Es ist aber weiter richtig, daß die Regelung der §§ 618 Abs 3, 844,845 BGB bei unmittelbarer Anwendung den Dienstherrn und bei entsprechender Anwendung den Besteller gewisser Werk-

1) Pound, Theory, S. 940 f

2) Esser, Vorverständnis, S. 113 f

verträge uU zu einer sehr weitgehenden, manchmal vielleicht zu weitgehenden Haftung nötigen kann. Ob dem im Einzelfall mit allgemeinen Rechtsbehelfen, etwa mit dem Einwand der unzulässigen Rechtsausübung, begegnet werden kann, ist aber eine Frage des allgemeinen Rechtes und ohne entscheidende Bedeutung dafür, ob der § 618 Abs 3 BGB überhaupt entsprechend angewandt werden kann.

2.25.2. BGHZ 34,364: Auch die bisher in der Rechtsprechung herrschende Auffassung konnte den Grundsatz nicht folgerichtig durchführen, sondern mußte ihn durch zum Teil sachwidrige Ausnahmen einschränken.

2.25.3. Kammergericht OLGZ 68, S. 23: Mit Recht beruft sich die Klägerin schließlich darauf, daß ihrem Anspruch aus § 861 Abs. 1 BGB ... nicht ... die Arglisteinrede (§ 242 BGB) entgegensteht. Regelmäßig liegt allerdings ein Fall der unzulässigen Rechtsausübung vor, wenn jemand von einem etwas herausverlangt, was er diesem sogleich wieder zurückgewähren müßte. Würde dieser Rechtsgrundsatz aber uneingeschränkt auf den Anspruch aus § 861 Abs. 1 BGB angewendet, so wäre damit der Besitzschutz, wie er vor allem in den §§ 861 ff. BGB Gesetz geworden ist, weitgehend ausgehöhlt; der Besitzschutz würde bedeutungslos werden.

2.25.4. BGHZ 14,9,10: Zwar bestimmt § 818 Abs. 3 BGB, daß die Verpflichtung zur Herausgabe ausgeschlossen ist, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist. Voraussetzung hierfür ist jedoch, daß ... der Wegfall der Bereicherung mit dieser in ursächlichem Zusammenhang steht. Ein solcher Zusammenhang ist jedoch nicht gegeben ... Denn schon aus folgendem Grunde können die Zahlungen an D. nicht ursächlich für den Fortfall der

Bereicherung sein. Als nämlich die Beklagte das ihr von D. gelieferte Benzin verbrauchte, bestand folgende Lage: Das Benzin war Eigentum der Klägerin. Diese hatte gegen die Beklagte als Besitzerin des Benzins gem § 985 BGB einen Anspruch auf dessen Herausgabe, ohne daß etwa die Beklagte sich gegenüber der Klägerin auf ihre Zahlung an D. berufen konnte. Bei Kenntnis dieses Anspruchs hätte die Beklagte von dem Verbrauch des Benzins abgesehen oder zumindest absehen müssen. Die Beklagte selbst hatte gegen D., der als Vertreter ohne Vertretungsmacht für die Klägerin das Benzin an die Beklagte verkauft hatte, Erfüllungs- oder Schadensersatzansprüche gem § 179 BGB oder bei einer Nichtigkeit des Verkaufs Bereicherungsansprüche. Dadurch, daß nun die Beklagte das Benzin der Klägerin verbrauchte, ging deren Eigentum am Benzin unter, und es entstand ein Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf Herausgabe dessen, was sie durch den Verbrauch des Benzins ersparte. Damit trat aber keine Verschlechterung der Vermögenslage der Beklagten ein ...

2.25.5. BGHZ 34,362,363: Schließlich sei darauf hingewiesen, daß als Folge der Auffassung des Reichsgerichts die Rechtswidrigkeit des Handelns des Schädigers im Zivilrecht anders beurteilt wurde als im Strafrecht. ... So führte die Lehre, die die Eigengefährdung als rechtfertigende Willenserklärung verstand, zwangsläufig dazu, daß dem Gedanken der Einheit der Rechtsordnung bei der Beurteilung rechtswidrigen Verhaltens Abbruch getan wurde.

2.25.6. BGHZ 41,162,163: Die Ansicht, daß der § 951 Abs. 1 BGB gegebenenfalls auch neben den Sonderbestimmungen der §§ 994 ff BGB angewendet werden könne, würde vor allem bei mangelndem gutem Glauben zu un-

billigen Ergebnissen führen. Nach ihr könnte nämlich der Besitzer für Eingriffe in die Sachsubstanz, die über den Umfang von Verwendungen hinausgehen und den Zustand der Sache verändern, auch dann Wertersatz verlangen (§§ 951 Abs. 1, 818 Abs. 2 BGB), wenn ihm der Mangel seiner Besitzberechtigung bekannt oder nur infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt war; begnügt er sich dagegen mit bestandserhaltenden oder wiederherstellenden Maßnahmen, so steht ihm für diese Verwendungen (falls sie nicht 'notwendig' im Sinne der §§ 994, 995 BGB sind), laut § 996 BGB kein Ersatzanspruch zu. Eine solche Besserstellung dessen, der in Ausnutzung einer ihm nicht gebührenden Sachherrschaft das angemessene Maß überschreitet und den Eigentümer vor die vollendete Tatsache einer völligen Umgestaltung seines Eigentums stellt, gegenüber dem, der sich noch innerhalb der durch den Verwendungsbegriff gezogenen Grenzen einer vernünftigen wirtschaftlichen Betrachtungsweise hält, erscheint unangebracht und kann nicht rechtens sein.

2.26. SYSTEMATIK DES GESETZES

2.26.1. Kammergericht OLGZ 1966, S. 91: Eine entsprechende Anwendung des § 156 Abs. 3 Satz 1 KostO auf den Fall der freiwilligen Zahlung durch den Kostenschuldner, wie sie das OLG Celle ... für angebracht hält, muß richtigerweise abgelehnt werden. Die Bestimmung des § 156 Abs. 3 KostO kennzeichnet sich als eine Ausnahmenvorschrift, die, wie bereits das LG zutreffend ausgeführt hat, nur eng ausgelegt werden kann.

2.26.2. BGHZ 6, 107, 108: Gerade wenn das Verhältnis, in dem § 823 Abs 1 BGB und § 904 BGB zueinander und ferner die §§ 2, 3, 4 Abs 1 Nr 3, 7, 114 BinnSchG zu den

erwähnten Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs stehen, berücksichtigt wird, ergibt sich ebenfalls zwangsläufig die Haftung des Ausrüsters für Schadensersatzansprüche, die durch die Notstandsmaßnahmen des Schiffers ausgelöst werden.

2.26.3. BGHZ 28,181: § 2307 BGB spricht nicht vom Pflichtteilsrecht, sondern vom Recht a u f den Pflichtteil. Das ist zwanglos dahin zu verstehen, daß nicht das Pflichtteilsrecht als solches, sondern nur der Pflichtteilsanspruch im Umfang des Vermächtnisses ausgeschlossen werden soll. Denn die Bezeichnung 'Pflichtteilsberechtigter' oder 'pflichtteilsberechtig' wird vom Gesetz auch sonst in Fällen verwendet, wo ein Pflichtteilsanspruch zunächst nicht besteht, weil die in Betracht kommende Person nicht von der Erbfolge ausgeschlossen ist (§ 2303 BGB): so in §§ 2305, 2306, 2316 Abs. 2, 2319, 2326 BGB (wo jeweils ein besonderer Pflichtteilsanspruch erst begründet wird). Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb der Sprachgebrauch in § 2307 Abs. 1 Satz 2 BGB hiervon abweichen sollte.

2.27. TATSACHEN

2.27.1. LG Bonn NJW 1973, S. 2070: Von einem Rechtsanwalt ist zudem - und eher als von einem juristischen Laien - die Einsicht zu erwarten, daß ein Richter, der auch mit Verwaltungsaufgaben befaßt ist, die in beiden Tätigkeitsbereichen gewonnenen Eindrücke nicht in unangebrachter Weise miteinander vermischt.

2.27.2. OLG Celle OLGZ 1973, S. 200: Es gibt keinen Erfahrungssatz dahingehend, daß Schwarzarbeiter schlechtere Arbeiten leisten als eingetragene Handwerksbetriebe.

2.27.3. BGHZ 7,202: Ein Beweis des ersten Anscheins für schuldhaft falsche Anwendung der Instrumente würde sich aus diesen Umständen nur dann herleiten lassen, wenn ein allgemeiner Erfahrungssatz bestünde, daß ein Arzt, der v o r oder n a c h einer Operation seine Sorgfaltspflicht verletzt, auch die b e i der Operation eingetretenen Mißerfolge durch sein Verschulden herbeigeführt hat. Ein solcher Erfahrungssatz läßt sich jedoch entgegen der Meinung der Kläger nicht aufstellen.

2.28. TYPUS

2.28.1. LG Koblenz NJW 1973, S. 707: Auch wenn man das Leasinggeschäft unter den Vertragstyp Miete faßt, müssen seine Eigenarten in vollem Umfang Berücksichtigung finden. Es geht nicht an, das Leitbild des BGB, das im wesentlichen die Ausgestaltung der Raum- und insbesondere der Wohnraummiete zum Gegenstand hat, als Maßstab auch für diese besondere Art der Miete heranzuziehen.

2.28.2. BGHZ 26,8,9: Auch § 452 BGB läßt sich hier nicht anwenden. Bei dieser Vorschrift handelt es sich um eine für typische Kaufverträge getroffene Bestimmung. ... Bei dem zwischen den Streitteilen geschlossenen Verträge handelt es sich um ein Rechtsverhältnis, das zwar in den Grundzügen Kaufvertrag ist, seiner ganzen Ausgestaltung nach aber nicht zu den typischen Kaufverträgen gerechnet werden kann, die dem Gesetzgeber vorgeschwebt haben. ... Der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag hat ein Dauerrechtsverhältnis mit gesellschaftsartigem Einschlag zum Inhalt. ... Auf ein derart gesellschaftsartig gestaltetes Dauerrechtsverhältnis aber kann die singuläre, eng auszulegende Vorschrift des § 452 BGB nicht angewendet werden.

2.28.3. BGHZ 41,112: Bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten ist daher eine 'persönliche Angelegenheit' nur dann zu bejahen, wenn der Rechtsstreit eine genügend enge Verbindung zur Person des betreffenden Ehegatten hat. ... Eine allgemeingültige begriffliche Formel dafür, wann eine genügend enge Verbindung zwischen dem Rechtsstreit und der Person des Ehegatten besteht, wird sich schwerlich finden lassen. Die richtige Einordnung wird nur für jeweils bestimmte engere Fallgruppen vorgenommen werden können.

2.29. OBERHISTORISCHE RECHTSWAHRHEIT

2.29.1. BGHZ 25,152: ... der Schuldner (ist) vor der Gefahr doppelter Inanspruchnahme ... zu schützen...

2.29.2. BGHZ 32,94,95: Wie sonstige Bereicherungsansprüche und insbesondere der Anspruch aus § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB, so fließt auch der Anspruch aus § 988 aus dem Billigkeitsgrundsatz, daß niemand Vorteile, für die er kein Opfer gebracht hat, auf Kosten eines anderen, dem diese Vorteile an sich gebühren, erlangen soll.

2.29.3. BGHZ 39,264,265: Beseitigt der Bauunternehmer den Mangel oder leistet er oder der Architekt Schadensersatz, so wird auch der andere von seiner Verpflichtung frei. Das muß auch hinsichtlich des nur gegen den Bauunternehmer gerichteten Nachbesserungsanspruchs gelten. Denn würde dieser Anspruch trotz etwaiger Ersatzleistung seitens des Architekten bestehen bleiben, so würde der Bauherr wegen desselben Mangels doppelte Befriedigung erlangen...

2.30. WORTLAUT DES GESETZES

2.30.1. BGHZ 2,184: Es ist in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und im Schrifttum anerkannt, daß die Auslegung von Gesetzen ... nicht am Wortlaut haften darf... 'Höher als der Wortlaut des Gesetzes steht sein Zweck und Sinn. Diesen im Einzelfalle der Rechtsanwendung nutzbar zu machen und danach unter Berücksichtigung von Treu und Glauben den Streitfall einer billigen und vernünftigen Lösung zuzuführen, ist die Aufgabe des Richters'...

2.30.2. BGHZ 2,239: In der Rechtsprechung und im Schrifttum ist umstritten, ob die Banken, die Kredite für Rüstungszwecke gegeben haben, Vorlieferanten im Sinne dieser Bestimmung (§ 21 Abs. 4 UmstG: Wer aus einer Lieferung oder einer sonstigen Leistung Forderungen gegen das Reich ... besitzt, kann die ihm gegenüber seinem Vorlieferanten obliegende Leistung verweigern, soweit er selbst nicht befriedigt worden ist) sind. Die Frage ist zu verneinen. Der Sprachgebrauch bezeichnet einen Kreditgeber eines Rüstungsunternehmens nicht als Vorlieferanten. Es widerspricht auch einer natürlichen Betrachtungsweise, den Kreditgeber unter den Begriff 'Vorlieferanten' fallen zu lassen. Der Wortlaut des Gesetzes weist darauf hin, daß ... an der Lieferung oder Leistung an das Reich mindestens zwei selbständige Unternehmer ... als Glieder einer Hauptkette beteiligt sein müssen...¹⁾

1) A.A. OLG Frankfurt NJW 1950, S. 953 (unter Hinweis auf die "Wortfassung des § 21 Abs. 4 UmstG im ganzen"): Das Leistungsverweigerungsrecht gegenüber dem 'Vorlieferanten' soll demjenigen zustehen, der aus einer Lieferung oder sonstigen Leistung Forderungen gegen das Reich 'besitzt'; erkennbar will das Gesetz dem Gläubiger des Reiches die Möglichkeit geben, die Folgen der Zahlungsunfähigkeit des Reiches, die ihn als 'Lieferer' oder als 'Leistenden' treffen, im gewissen Umfang auf seinen Vormann abwälzen mit der Maßgabe, daß den Lieferungen und Leistungen des Reichsgläubigers Lieferungen und Leistungen des Vormannes entsprechen ...

2.30.3. BGHZ 10,72,73: Der Kommentar der Reichsgerichtsräte ... leitet bei einer aufschiebend bedingten oder befristeten Übertragung des Eigentums aus dem Wortlaut des § 932 BGB die Notwendigkeit her, daß der gute Glaube des Erwerbers noch in dem Zeitpunkt vorhanden ist, in dem die Bedingung oder die Frist sich erfüllt. ... Die Auffassung ... wird jedoch zu Recht von dem überwiegenden Teil der Rechtsprechung und Rechtslehre abgelehnt § 929 BGB stellt den Übergang des Eigentums auf Übergabe und Einigung ab, die, ohne daß es irgendwelcher weiteren Willensäußerungen bedarf, einen Erwerb des Eigentums zur Folge haben. Wenn daher § 932 BGB von der Zeit spricht, zu der der Erwerber nach 'diesen Vorschriften' das Eigentum erwerben würde, so ist damit in Wirklichkeit nichts anderes als der Zeitpunkt gemeint, in dem Übergabe und Einigung erfolgt sind. Das ergibt sich auch aus den §§ 933 und 934 BGB, in denen es für den guten Glauben nicht auf den Zeitpunkt des Erwerbs des Eigentums, sondern auf den der Übergabe oder des Besitzerwerbs abgestellt wird.

2.31. WILLE DES GESETZGEBERS

2.31.1. LG Mannheim NJW 1973, S. 317: Wenn auch nicht verkannt werden soll, daß in der Praxis § 3 WKSchG den ... Vermieter in eine ... äußerst schwierige Lage versetzt hat, die sich darin bekundet, daß Mieterhöhungsklagen bislang durchweg abschlägig entschieden worden sind, so entspricht die vorgenommene Auslegung des Gesetzes (WKSchG v. 25.11.1971) doch eindeutig dem in den Motiven, bei der Gesetzesberatung und vor allem im Gesetz selbst zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers.

2.31.2. OLG München OLGZ 1973, S. 357: Dabei ist es ohne Bedeutung, daß es sich bei der Zivilprozeßordnung um vorkonstitutionelles Recht handelt ..., denn wenn der Gesetzgeber während der fast 25jährigen Geltung des Grundgesetzes trotz der am 12.9.1950 erfolgten Neubekanntmachung der Zivilprozeßordnung keine Änderung vorgenommen hat, so hat er seinen Willen, den bestehenden Rechtszustand aufrecht zu erhalten, deutlich gemacht.

2.31.3. BGHZ 6,392: Wenn aber auf dem Gebiet der Vertragshilfe selbst in einer Verordnung ausdrücklich bestimmt wird, daß Bürgschaftsverpflichtungen unberührt bleiben, und in anderen, zum Teil in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang damit ergangenen Verordnungen solche Vorschriften fehlen, so führt auch das zu der Annahme, daß der Gesetzgeber nur für den speziellen Fall der Verordnung vom 2. April 1940 den Grundsatz der Abhängigkeit der Bürgschaft von der Hauptverbindlichkeit aufheben wollte, im übrigen aber auch für das Gebiet der Vertragshilfeverfahren nichts ändern wollte.¹⁾

2.31.4. BGHZ 16,335: Der Zweck des § 313, den Grundstücksveräußerer vor Obereilung zu schützen, ist zwar hier nicht besonders vordringlich Dieser Schutz vor Obereilung ist aber nur das gesetzgeberische Motiv für die Bestimmung des § 313 BGB, nicht etwa ihre tatbestandliche Voraussetzung.

1) Reinicke, Vertragshilfe, S. 708: "Der BGH ... hätte durch Vernehmung der Mitglieder des Rechtsausschusses des Bundestages und des Bundesrates Beweis erheben können ... Saage führt nämlich in seinem Referentenkommentar aus, ... das VHG habe die Entscheidung der Frage vielmehr bewußt der Rspr. überlassen."

2.31.5. BGHZ 22,132: Das Gesetz fordert ... hier keine Datierung. Es ist daher unschädlich, wenn die Abtretungserklärung zu einer anderen Zeit abgegeben erscheint, als das tatsächlich der Fall war. Vom gegenteiligen Standpunkt aus müßte auch eine einheitliche vom Aussteller falsch datierte Abtretungserklärung unwirksam sein, was abzulehnen ist. Schwierigkeiten für die Ermittlung des genauen Zeitpunktes der Abtretung können ohnedies wegen der notwendigen Briefübergabe entstehen. Dieses Erfordernis zeigt, daß der Gesetzgeber solche Schwierigkeiten hingenommen hat.

2.31.6. BGHZ 41,110: Ist ein Ehegatte nicht in der Lage, die Kosten eines Rechtsstreits zu tragen, der eine persönliche Angelegenheit betrifft, so ist der andere Ehegatte verpflichtet, ihm diese Kosten vorzuschließen, soweit das der Billigkeit entspricht (§ 1360 a Abs. 4 Satz 1 BGB).

Diese Vorschrift enthält eine abschließende Regelung der Prozeßkostenvorschußpflicht unter Ehegatten ... Nachdem der Gesetzgeber eine so allgemein gehaltene Vorschrift eingeführt hat, muß angenommen werden, daß er die Pflicht zur Leistung eines Prozeßkostenvorschusses unter Ehegatten auf die dort genannten Fälle beschränken wollte.

2.32. ZWECK DES GESETZES

2.32.1. LG Hamburg NJW 1973, S. 1287: Eine verständige am Sinn und Zweck des Gesetzes orientierte Auslegung des § 4 Abs. 1 WohnKSchG (v. 25.11.1971) besagt somit, daß lediglich solche Vereinbarungen unwirksam sind, die generell die Rechte des Mieters ... beschränken sollen... Die von der Gegenmeinung vertretene Auffassung, der Gesetzgeber

habe beabsichtigt, 'nicht nur den Bestandsschutz zu verstärken, sondern auch den Mietanstieg zu begrenzen' ..., findet in den Bestimmungen des WohnKSchG keine hinreichend zum Ausdruck gebrachte Grundlage. ... Die Gegenmeinung ..., die glaubt, sich auf den Wortlaut des Gesetzes stützen zu können, berücksichtigt das beabsichtigte Ziel des Gesetzgebers nicht hinreichend.

2.32.2. Kammergericht OLGZ 1973, S. 216: Einer entsprechenden Anwendung des § 2314 BGB steht jedoch entgegen, daß das Verhältnis eines Miterben zu dem Nachlaß und zu den übrigen Miterben grundsätzlich anderer Art ist als das eines Nichterben. ... (Dem Miterben) stehen in Sonderfällen eine Reihe von Schriften zur Verfügung, nach denen er Auskunft verlangen kann (vgl. §§ 2027, 2028, 2057, 666, 681 BGB). Gerade diese vielfältigen Sonderregelungen sprechen dafür, daß eine weitergehende Auskunftspflicht der Miterben untereinander nicht dem Sinne des Gesetzes entspricht...

2.32.3. BGHZ 16,271: § 618 bezweckt, die Dienstverpflichteten auch vor den Nachteilen zu schützen, die aus ihrer Gewöhnung an die Gefahren und aus ihrer Abstumpfung gegen diese erwachsen können (so RG Warn 1916 Nr 102).

2.32.4. BGHZ 18,348: Das Berufungsgericht will vermeiden, daß der Beklagte zur Zahlung einer Vergütung unter Voraussetzungen gezwungen wird, bei denen er sich nach den Erklärungen seines Vertragsgegners mit gutem Grunde auf eine Honorarzahlung nicht einzustellen brauchte. Um dieses Ergebnis zu gewinnen, bedurfte es aber nicht der Feststellung der Nichtigkeit des Anwaltsvertrages. Vielmehr ist dem Zweck

des § 93 Abs 2 RAGebO zu entnehmen, daß zwar der gerichtliche Schutz für die dem Anwalt untersagte Gebührenvereinbarung entfallen, die Gültigkeit des Anwaltsvertrages aber in der Regel nicht in Zweifel gezogen werden soll. Andernfalls würden die Interessen des Mandanten ernstlich gefährdet...

2.32.5. BGHZ 41,160,161: Es fragt sich, ob die Erstellung eines Gebäudes auf einem fremden Grundstück als 'Verwendung' in dem angegebenen Sinne verstanden werden kann. ... Wollte man ganz allgemein die Errichtung von Gebäuden einbeziehen, so würde der Anwendungsbereich der §§ 994 ff BGB in einer Weise erweitert, die ersichtlich nicht mehr dem Zweck der gesetzlichen Regelung entspräche und für die auch kein vernünftiges wirtschaftliches Bedürfnis bestünde.

2.33. ZWECKMÄßIGKEIT

2.33.1. Kammergericht OLGZ 1966, S. 91: Den vom OLG Celle zur Begründung seiner Ansicht gestellten Erwägungen kann nicht beigetreten werden. Die Überlegung, daß es wünschenswert und zweckmäßig sei, in allen Kostenfragen möglichst bald zu einer abschließenden Klärung zu gelangen, kann nicht dazu führen, daß Ausschußfristen angewendet werden, ohne daß die gesetzlichen Voraussetzungen dafür erfüllt sind.

2.33.2. BGHZ 41,106: Im übrigen bestehen aber auch keine Bedenken dagegen, einem Geschäftsfähigen einen Gebrechlichkeitspfleger zu bestellen (vgl BGHZ 15,262,266; 35,1). Das wird häufig zweckmäßig sein und eine Entmündigung ersparen, die zudem voraussetzt, daß der Geisteskranke oder Geistesschwache seine Angelegenheiten überhaupt nicht mehr zu besorgen vermag ...

2.33.3. BGHZ 50,315: Im Anschluß an die bisherige Rechtsprechung ist der Rücktritt (von einem Mietvertrag) nach § 326 BGB jedenfalls dann zu versagen, wenn und soweit eine Auflösung des Vertrages durch fristlose Kündigung möglich ist Für eine Einschränkung der Rücktrittsmöglichkeit zumindest in diesem Umfange spricht, daß bei in Vollzug gesetzten Dauerschuldverhältnissen eine Rückabwicklung nach §§ 346 ff BGB in der Regel nicht den Interessen der Parteien entspricht und angesichts der insbesondere bei längerer Vertragsdauer entstehenden erheblichen Durchführungsschwierigkeiten zu Unzuträglichkeiten führt.

3. JURISTISCHE METHODENLEHRE

3.0. BEGRIFFSEXPLIKATION

Nachdem also bisher in einer ersten Annäherung die unterschiedlichen Argumentationszusammenhänge an Einzelfällen demonstriert und allein aus Gründen der Darstellung höchst vorsorglich einem in der Methodenliteratur aufgefundenen Begriff zugeordnet wurden, kann nunmehr damit begonnen werden, die Methodenliteratur im Hinblick auf das unter 1. aufgezeigte Forschungskonzept zu befragen.

Dabei erscheint es zunächst möglich, unter 3.1. die Kategorien Allgemeiner Rechtsgrundsatz, Maxime, Prinzip und überhistorische Rechtswahrheit zusammenzufassen, da sie bereits das gesamte Spektrum und den weiten Bereich "grundsätzlicher" Erwägungen erkennen ließen. Es wird somit in diesem Zusammenhang insgesamt darum gehen, Hinweise der Methodenliteratur auf diejenigen Schwierigkeiten zu verfolgen, die sich der Rechtsfinder bei dem Versuch einhandelt, mithilfe von (Rechts-)Gedanken mit mehr oder weniger weitreichender Allgemeinheit einer Vielzahl oder auch nur kleinen Anzahl verschiedenartiger Problemkonstellationen gerecht zu werden. Dabei erhofft sich die vorliegende Abhandlung also Aufklärung über die Probleme, die nicht nur mit der Verwendung von Grund- bzw. Leitgedanken einer Rechtsordnung, sondern auch mit dem Einsatz von allgemeinen Erwägungen niedrigster Abstraktionshöhe verbunden sind, die anscheinend "prinzipielle" Geltung beanspruchen (der Umstand, daß sich die Methodenliteratur offenbar bevorzugt mit Grundgedanken der Rechtsordnung oder mit aus einer Vielzahl von Einzelentscheidungen herausgefilterten Prinzipien beschäftigt, wird die Problemidentität all dieser Erwägungen möglicherweise unberührt lassen).

Ziffer 3.3. wird daran anschließend den Schwierigkeiten bei der Argumentation mit Rechtsbegriffen nachgehen, wobei die erste Gegenüberstellung von begriffsdogmatischem und begriffsformalistischem Vorgehen die Gefahren verdeutlichen sollte, denen die Richter bei dem Heranziehen von Begriffen erliegen können. Ähnliches wird vielleicht für diejenigen Situationen gelten, in denen Richter aus einer begrifflichen Notwendigkeit heraus (= begriffslogisch) argumentieren; es wird an dieser Stelle von besonderem Interesse sein, wie notwendig sich derartige Notwendigkeiten tatsächlich darstellen.

Den Besonderheiten der Kategorien 2.2., 2.13. und 2.28. wird nachgespürt werden anhand des von der Methodenliteratur so bezeichneten analogischen, typologischen und institutionellen Rechtsdenkens (hier zusammengefaßt unter dem keinerlei Originalität beanspruchenden Begriff der Denkform). Im einzelnen wird sich die vorliegende Abhandlung daher zunächst dem Einsatz von Ähnlichkeits-erwägungen zuwenden, wobei gänzlich gleichgültig sein soll, was im Einzelfall mit wem auch immer verglichen

und wem in welcher Form Ähnlichkeitscharakter zuerkannt wird. Im Zusammenhang mit denjenigen Entscheidungen, die oben zu 2. unter dem Begriff des Typus zusammengefaßt wurden, wird die Methodenliteratur Auskunft geben müssen über die Probleme des Redens von Vertrags t y p e n bzw. t y p i s c h e n Kaufverträgen; Voraussetzung dafür wird es aber zunächst einmal sein, das Verständnis der Methodenliteratur und insbesondere das der "Anhänger" einer Methode typologischer Rechtsfindung von dem Begriff eines "Typus" abzuklären. Möglicherweise ließe sich dann eine Bestätigung dafür finden, daß die Entscheidung 2.28.3. mit Recht als ein Beispiel für die Notwendigkeit des Verfahrens einer typologischen Zuordnung herangezogen wurde. Schließlich durfte der unter 2.13. verwendete Begriff des Instituts noch offenlassen, wie weit ein Institutsbegriff von einem Institutionenbegriff

unterschieden werden muß. Dabei wird dem nicht methodologisch geschulten Juristen der Begriff des Rechtsinstituts (vorläufig mit Enneccerus-Nipperdey verstanden als "Inbegriff der auf die Rechtsverhältnisse einer bestimmten Art bezüglichen Rechtsvorschriften") vertrauter sein als der einer Institution (teilweise definiert als realer Gesamtkomplex einer gesellschaftlichen Einrichtung). Insgesamt muß von der Methodoliteratur Antwort darauf erwartet werden, welche Schwierigkeiten bei dem Versuch bewältigt werden müssen, mithilfe einer bestimmten Vorstellung eines Instituts bzw. einer Institution eine Entscheidung zu rechtfertigen.

Im Anschluß daran werden wir uns unter 3.5. mit der Folgenerwägung einer Kategorie zuzuwenden haben, die erst in den letzten Jahren zum Gegenstand engagierter Auseinandersetzung bzw. intensiver systematischer Analyse gemacht worden ist. Da in Diskussionen über diese Kategorie immer wieder der Vorwurf aufgetaucht ist, das Reden über Folgenerwägungen leide darunter, daß niemand exakt darlege, was im einzelnen unter "Folgen" zu verstehen sei, wird die vorliegende Abhandlung im Bewußtsein dieser Situation als Folgenerwägungen in höchstmöglicher Allgemeinheit und ganz umfassend diejenigen Überlegungen bezeichnen, in denen die Auswirkungen einer Entscheidung (wie, wo, wann und in welcher Form auch immer sie auftreten) reflektiert werden - was gerade deshalb sehr gut möglich erscheint, weil bei der Berücksichtigung unterschiedlichster Folgen die prinzipiellen Schwierigkeiten identisch sein könnten. Allerdings wurde insoweit eine grundsätzliche Differenzierung vorgenommen, die sich durch die Unterscheidung der Kategorien 2.9. und 2.10. bereits andeutete: eine besondere Behandlung werden diejenigen Erwägungen erfahren, die Konsequenzen einer Entscheidung oder begrifflichen Festlegung auf eine gesetzgeberische, richterliche oder

professionell konsentiierte Wertentscheidung und (oder) ihre begrifflich-systematische Einordnung betreffen (Folgen im dogmatischen System).

Im Zusammenhang mit den unter 3.6. abzuhandelnden Gerechtigkeitserwägungen wird die vorliegende Abhandlung auf eine Befragung der Methodenliteratur verzichten können; die Probleme dürften insoweit auf der Hand liegen. Insgesamt werden an dieser Stelle Entscheidungen zusammengefaßt, in denen die Richter auf Gebote der Gerechtigkeit und Billigkeit abstellen und darüber hinaus den Versuch unternehmen (vgl. 2.11.3.), im Einzelfall über Gesetz und Rechtsprechung hinaus einem durch außergewöhnliche, unverschuldete Umstände Betroffenen doch noch eine Rechtsposition einzuräumen.

Ziffer 3.7. wendet sich sodann einem Fragenkreis zu, der dem Juristen keiner Explikation bedarf; es geht um die Arbeit mit dem Gesetz und den allgemein bekannten canones, also den Argumenten aus dem Wortlaut, der Systematik und dem Zweck des Gesetzes sowie dem Willen des Gesetzgebers. Die Antwort darauf, welche möglicherweise unterschiedlichen Vorstellungen sich mit den einzelnen Auslegungselementen verbinden, wird - soweit für den gewählten Forschungsansatz überhaupt erforderlich - die Methodenliteratur geben müssen; alsdann wird zu prüfen sein, wieweit die Richter den eventuell erforderlichen Differenzierungen gerecht werden.

Des weiteren wird es sich die vorliegende Abhandlung unter 3.9. zur Aufgabe machen, dem breiten Spektrum von richterlich angenommenen bzw. behaupteten Konsensen nachzugehen; in diesem Zusammenhang wird es zunächst möglich sein, die Kategorien Konsens, Evidenz, Rechtsempfinden, Bewährte Lehre und Überlieferung und Präjudiz zusammenzufassen, da es in allen Fällen um gemeinsame (Wert-)Überzeugungen und Empfindungen geht - wobei Konsens, Evidenz und Rechtsempfinden eher auf gesamtgesellschaftliche und Bewährte Lehre und Über-

lieferung sowie Präjudiz auf professionelle Übereinstimmungen in Rechtslehre und Richterstand abzielen. Im einzelnen untersucht die Kategorie "Evidenz" die Methodenliteratur im Hinblick auf diejenigen Entscheidungen, in denen die Richter auf das abstellen, was jedem Verständigen offensichtlich unmittelbar einleuchtet, "Rechtsempfinden" geht den Fällen nach, in denen etwas offenbar von jedem Individuum einer Rechtsgemeinschaft als richtig und gerecht empfunden wird, und "Konsens" soll schließlich diejenigen Urteile erfassen, in denen allgemein übereinstimmende Wertvorstellungen und -überzeugungen herangezogen werden.

Schließlich muß über den Einsatz von Standards Klarheit gewonnen werden; insoweit dürften bereits die unter 2.24 aufgeführten Beispiele deutlich gemacht haben, daß die Richter auf eine Vielzahl von "Verhaltensweisen und Anschauungen des normalen Verkehrs" (Esser) rekurrieren. Über die Schwierigkeiten der Erfassung derartigen Normalverhaltens wird die Methodenliteratur Auskunft geben müssen.

Im übrigen bedürfen die Kategorien Ausländisches Recht, Tatsachen (Fakten), Interessenabwägung, Logik, Praktikabilitäts- und Zweckmäßigkeitserwägung als aus der Umgangssprache entnommene Begriffe keiner vorbereitenden Erläuterung; bezüglich "Konstruktion" und "System" mögen die unter 2.16. und 2.25. aufgeführten vorläufigen Erläuterungen zunächst ausreichen. Welche komplexen Vorstellungen sich insbesondere mit dem Systemgedanken verbinden, wird zunächst einmal Gegenstand umfassender Untersuchungen sein müssen.

Eine letzte Besonderheit ergibt sich abschließend für das Wesen bzw. die Natur einer bzw. der Sache; gerade in diesem Zusammenhang wird die Methodenliteratur vorab umfangreich Aufklärungsarbeit leisten müssen.

3.1. ALLGEMEINER RECHTSGRUNDSATZ

(incl. Maxime, Prinzip, überhistorische Rechtswahrheit)

Die juristische Methodenlehre führt den Leser also zunächst in das Gebiet der "objektiven Rechtswahrheiten"¹⁾, der "richtungsweisenden Postulate 'richtigen' Rechts", an denen weder Gesetzgeber noch Richter vorbei können²⁾, der "Elementarwahrheiten", die selbst dann unberührt bleiben, wenn bestimmte Prinzipien "von der politischen Konjunktur aus den Angehn gehoben" werden³⁾, der Grundgebote der Gerechtigkeit und der Sittlichkeit, bei denen auch ein relativistischer Standpunkt nicht bezweifeln kann, daß sie bei aller Rechtsetzung vorausgesetzt sind⁴⁾, und schließlich der abstrakt-allgemeinen, übergeschichtlichen, überpositiven Rechtsgrundsätze⁵⁾, die als keineswegs "blutloses Ergebnis eines seichten Verfahrens von aufeinanderfolgenden Abstraktionen und Verallgemeinerungen ... zur Rolle von Wegweisungen für den Werdeprozeß der Rechtsnormierung berufen sind"⁶⁾. Ihre außerordentliche Bedeutung

1) Larenz, Methodenlehre², S. 394

2) Larenz, a.a.O., S. 460

3) Esser, Grundsatz und Norm, S. 70

4) Kaufmann, Analogie, S. 9

5) Kaufmann, a.a.O., S. 9 f

6) Betti, Allgemeine Auslegungslehre, S. 653 f

wird daraus ersichtlich, daß Lehrbücher der Dogmatik bei der Normfindung nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen bzw. nach anerkannten rechtlichen oder außerrechtlichen Wertungen und Maßstäben fragen¹⁾, daß der Bundesgerichtshof geneigt scheint (oder besser: schien²⁾), außergesetzliche, objektiv verpflichtende Maßstäbe in der Existenz zeitlos gültiger oder doch in unserem "Kulturkreis" absolut verbindlicher, vorgegebener und hinzunehmender Werte oder Normen des Sittengesetzes als erwiesen und damit für den Richter unmittelbar verbindlich anzunehmen³⁾, daß die traditionelle Methodenlehre eine immer größer werdende Relevanz der "objektiven Rechtsgedanken", der "rechtsethischen Prinzipien" und der "allgemeinen Rechtsgrundsätze" bei der richterlichen (qualitativ identischen) Tätigkeit der Auslegung, Lückenfüllung und Rechtsfortbildung aufzeigt⁴⁾, und daß zuletzt Beobachter der richterlichen Entscheidungstätigkeit deren entscheidenden tatsächlichen Einfluß auf die Rechtsauffassung der Gerichte feststellen⁵⁾. Im vorliegenden Rahmen geht es nun aber nicht um das Phänomen einer Berufung auf quasi-naturrechtliche Postulate⁶⁾, sondern allein um das alltägliche praktische "Rechtsleben", dem bei seiner Entscheidungstätigkeit eine breite Palette allgemeiner Rechtsgrundsätze zur Verfügung steht⁷⁾. Diese umfaßt die auf relativ "hoher" Ebene anzusiedelnden Grundsätze

1) Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil, S. 343

2) Wieacker, Richterkunst, S. 9

3) Wieacker, a.a.O., S. 9 f

4) Larenz, Methodenlehre², S. 315 ff, S. 394 ff

5) Meier-Hayoz, Richter, S. 200 f

6) Friedmann, Rechtsgrundsätze, S. 348

7) Makkonen, Juridische Entscheidungen, S. 153

wie den der "Gleichbewertung des Gleichsinnigen"¹⁾ oder das Gebot, auf die Verfolgung eigener Interessen insoweit zu verzichten, als dadurch die Befriedigung objektiv wertvollerer Interessen anderer Menschen vereitelt würde²⁾, weiter die Wertbegriffe ethischen Gehalts wie die des guten Glaubens oder der "Verschuldung"³⁾, ebenso "allgemeine" und "besondere Rechtsgrundsätze"⁴⁾ wie Treu und Glauben im Rechtsverkehr, Rechtssicherheit, Verbot jeglicher Willkür oder Wahrung des Gemeinwohls durch Inhaber von Herrschaftsbefugnissen und (als "besondere") die Einschränkung der Selbsthilfe oder das Verbot der Entscheidung in eigener Sache. Dazu zählen Basisaussagen wie das Bereicherungsprinzip, der Vertrauensgrundsatz im Vertrags- und Vollmachtsrecht und die Verkehrssicherungspflicht⁵⁾, außerdem die schuldrechtlichen Quasi-Axiome wie Privatautonomie, Vertragstreue und Relativität des Vertragsbandes, ebenso die Larenzschen rechtsethischen Prinzipien: Treu und Glauben in allen rechtlichen Sonderverbindungen, Verkehrsschutz bei Erklärungen an die Öffentlichkeit, Gleichbehandlung im Gesellschafts- und Verbandsrecht, Ausgleichsgedanke im Schadensrecht und andere mehr⁶⁾ - eine zureichende Definition konnte in der Methodenliteratur nicht aufgespürt werden. Zuletzt können diesem Komplex die alten Weis-

1) Larenz, Methodenlehre², S. 316

2) Wolff, Rechtsgrundsätze, S. 37

3) Betti, Allgemeine Auslegungslehre, S. 657

4) Wolff, Rechtsgrundsätze, S. 39 ff (die allgemeinen Rechtsgrundsätze sind bedingt nur durch die Existenz der Vielheit von Menschen, die besonderen durch schon bestimmte, raum-zeitlich bedingte soziale Lebensverhältnisse und Lebensordnungen)

5) Esser, Grundsatz und Norm, S. 273

6) Larenz, Methodenlehre², S. 317 f

heiten richterlicher Billigkeit wie "nemo auditur turpitudinem suam allegans"¹⁾, die "quasi-logischen" Rechtsregeln wie "nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet"²⁾ und die alltäglichen Grundsätze richterlicher Praxis mit nur geringer Reichweite wie: "Zweifel bei der Auslegung von Formularverträgen sind gegen die Vertragspartei auszulegen, die das Vertragsformular gewählt hat"³⁾ oder wie "die Rechtskraftwirkung eines Benutzungsverbotes erstreckt sich dem Grundsatz nach immer nur auf die der Verurteilung zugrunde gelegte konkrete Verletzungsform"⁴⁾.

Dieser kurze Umriß des ganzen differenzierten Fundus allgemeiner Grundsätze signalisiert nun terminologische Ungenauigkeiten: Esser unterscheidet in seinem "Opus magnum" die ethischen und die jurisprudentiellen Wahrheiten, die universalen, die obersten und die allgemeinen Rechtsgrundsätze, die Maximen und die Prinzipien, und differenziert bei letzteren zwischen Aufbau- und Strukturprinzipien, dogmatischen und konstruktiven Prinzipien, heuristischen und informativen, normativen und institutionellen, politischen, problemgebundenen, selektiven und technischen Prinzipien, er sieht die Vertragsfreiheit als axiomatisches Prinzip, den Vertrauensgrundsatz als Problemprinzip und den Akzessorietätsgrundsatz (bei Sicherheiten) als dogmatisches Prinzip. An dieser Stelle wird aber nicht nach typologischen Einordnungen, und auch nicht nach der Funktion derartiger Grundsätze gefragt (Rechtsgarantien gegenüber der Willkür des politischen Gesetzgebers⁵⁾;

1) Spiro, Rechtssprichwörter, S. 121

2) Esser, Vorverständnis, S. 109

3) vgl. BGHZ 5,111

4) vgl. BGHZ 5,189

5) vgl. Dubischar, Vorstudium, S. 124

"sie sind bindend, logischerweise zu berücksichtigen ... und verleihen dem Gesetz seine Allmacht"¹⁾), sondern es wird untersucht, welche Schwierigkeiten der Entscheider bewältigen muß, wenn er beim Aufbau der Entscheidungsnorm mit einem Grundsatz operieren will; denn "on sait combien de tels principes sont malaisés à définir, combien leur détermination est incertaine et combien leur mise en oeuvre peut prêter à discussion"²⁾.

3.1.1. Der Richter steht zunächst vor der Notwendigkeit, die allgemeine Anerkennung des von ihm gewählten Grundsatzes nachzuweisen; das verweist auf die grundsätzliche Problematik der Geltung, eine Problematik, die hier nicht als "rechtsphilosophische Frage par excellence"³⁾ ausgeklammert werden kann. Die dafür von der Literatur gegebenen Antworten verlaufen nun in ihrer Argumentation zweispurig auf die verschiedenen Zielpunkte Gesetz und Konsens. Der Erklärungsversuch "Gesetz" zielt dabei aber nicht auf die gesetzlichen Anweisungen zur Verwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze, wie sie z.B. in Einl. § 49 ALR (Findet der Richter kein Gesetz, welches zur Entscheidung des streitigen Falles dienen könnte, so muß er ... nach den in dem Landrechte angenommenen allgemeinen Grundsätzen ... seiner besten Einsicht gemäß erkennen), § 7 Satz 2 ABGB (Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft, so muß solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden) oder auch in Art. 12 Abs. 2 Halbs. 2 Codice Civile (se il caso rimane ancora dubbio, si

1) Makkonen, Juridische Entscheidung, S. 158 f.

2) Bouluiss-Chevallier, Grands arrêts, S. 75 (für die cour de justice des communautés européennes)

3) Engisch, Einführung³, S. 152

decide secondo i principii generali dell'ordinamento giuridico dello Stato) niedergelegt sind, sondern vielmehr darauf ab, daß der Richter hinter die einzelnen positiven Vorschriften der Gesetze zurückgehen muß, um dann aus der Übereinstimmung eines Grundgedankens in mehreren (gesetzlichen) Regeln einen allgemeinen Rechtsgrundsatz zu gewinnen¹⁾. Dieser Prozeß könnte z.B. so ablaufen, wie er in einem Praktikerkommentar an folgendem Beispiel beschrieben ist; danach können die allgemeinen Lehren vom Rechtsmißbrauch nicht "so sehr" auf die einzelnen positiven Vorschriften des BGB gestützt werden wie auf den dahinter stehenden Grundgedanken: "Immerhin sind die einzelnen Vorschriften, vor allem § 242 und § 826, als Bestätigung dieses Grundgedankens praktisch wertvoll"²⁾. In diesen Zusammenhang gehört auch die Bemerkung des "Berner Kommentars", der Ausdruck "allgemeiner Rechtsgrundsatz" meine nichts anderes als "die teleologisch-axiologisch-ideologischen Grundlagen eines Rechtssatzes, eines Rechtsinstitutes oder eines Rechtserlasses, d.h. die 'ratio legis' "³⁾. Es bedarf nun keiner eingehenderen Klärung, wo bzw. wie etwas hinter bzw. über den gesetzlichen Vorschriften steht oder ob man dort "überhaupt keinerlei Realität" als den "hohlen Schall von Worten und die Schwärze bedruckten Papiers" finden kann⁴⁾. Zumindest darf man hier den von Esser beschriebenen Trick der Dogmatik ansiedeln, die "Schlüsselgedanken einer topischen Einsichtigkeit" als Grundgedanken gesetzlicher Regeln oder dogmatischer Figuren hinzustellen⁵⁾. Seinen Zweck findet dieses Verfahren

1) Larenz, Methodenlehre³, S. 369

2) Soergel-Knopp § 242 Bem. 172

3) Meier-Hayoz im Berner Kommentar Art. 1 Bem. 408

4) Kantorowicz, (= Gnaeus Flavius), Kampf, S. 27

5) Esser, Vorverständnis, S. 157

selbstverständlich darin, den einzelnen Grundsatz durch Anlehnung an den Willen bzw. die Weisheit des Gesetzgebers konsensfähig zu machen bzw. für ihn im "Rechtsbewußtsein der Zeit" Konsens zu finden, was insbesondere dann besonders gut gelingen kann, wenn der Nachweis geführt wird, daß er, "obwohl unerkannt, schon der bisherigen Rechtsprechung zu Grunde gelegen" hat¹⁾. Eine solche Persuasion erscheint aber tatsächlich dann auch dringend erforderlich, wenn sich unter den von Larenz angeführten Beispielen ein Grundsatz wie derjenige der "Fürsorgepflicht im Arbeitsverhältnis" befindet.

Damit gehen die beiden Antworten auf die Geltungsfrage ineinander über; deutlich sichtbar in der Formulierung: "zu ihrer einen breiten Konsens bewirkenden Evidenz tritt der Nachweis ihres Niederschlags in den Regelungsinhalten des positiven Rechts"²⁾. Derartige Prinzipien sollen eine "eigene Überzeugungskraft"³⁾ besitzen, sie sollen "schlecht-hin allgemein" gültig sein⁴⁾ (wenn auch nur wegen ihrer Anciennität⁵⁾) - wie es auch immer sei: die Geltungsfrage verschwindet (weil unproblematisch) hinter der (nur noch interessanten) Zeitproblematik: "Sie (scil. die Prinzipien) werden eines Tages von der Lehre oder von einem Gericht formuliert und finden dann wegen der ihnen innewohnenden Überzeugungskraft mehr oder weniger rasch allgemeine Anerkennung im Rechtsbewußtsein der Zeit"⁶⁾.

1) Larenz, Methodenlehre³, S. 411

2) Larenz, a.a.O., S. 207 f

3) Larenz, a.a.O., S. 410

4) Engisch, Einführung³, S. 152

5) Esser, Grundsatz und Norm, S. 318

6) Larenz, Methodenlehre³, S. 411

Ein äußerst differenziertes Spektrum möglicher Antworten zur Bewältigung der Geltungsproblematik (mit allerdings gleicher Tendenz) gibt Essers "Grundsatz und Norm". Danach gelten allgemeine Rechtsgrundsätze: weil sie Teile der lebenden richterlichen Rechtsüberzeugung sind (S. 23); weil sie nach der "communis opinio doctorum" zum Rechtsganzen gehören (S. 24 f); weil sie ihrer Herkunft nach Juristenweisheit und Standeskunst sind (S. 25); weil sie (bzw. wenn sie) universale Anerkennung in den verschiedensten Zivilrechtsordnungen gefunden haben (S. 38); weil sie auf Grund einheitlicher Rechtsprechung in das "corpus iuris" historisch eingegliedert sind (S. 41); wegen ihrer ideenmäßigen Notwendigkeit, für die die Rechtsprechung dann nur noch die rechtsschöpferische Positivierungsinstanz darstellt (S. 43); durch das Gelingen ihrer Einfügung in die dogmatische Ordnung (S. 231); und zuletzt: "Erst die kasuistischen 'Folgerungen' in einer ständigen Rechtsprechung bilden den positiven Grund, auf welchem das Prinzip bindende legal authority hat: als Band einer einheitlichen Handhabung gleicher Gedanken im Rahmen der ursprünglich nur von der konkreten Angemessenheit her am Fall erarbeiteten Lösung" (S. 267).

Als Extrakt der vorstehenden Lösungsversuche erscheint nunmehr folgende Formulierung möglich: Durch nichts und in keinem Falle ist die Rechtsprechung gehindert, einen allgemeinen Rechtsgedanken - wie den Grundsatz der gegenseitigen Rücksichtnahme im Nachbarrecht - "im Verfolg seiner ständigen Anerkennung zu einem Axiom zu erheben, das als angeblich ewiges Postulat materialer Gerechtigkeit nun keiner weiteren Begründung mehr bedarf"¹⁾.

1) Esser, Grundsatz und Norm, S. 100

3.1.2. Hat sich der Richter also mit dem Problem der Geltung bzw. der Nichtgeltung auseinandergesetzt, eröffnen sich ihm die nächsten Schwierigkeiten, wenn er mit einer überhistorischen Rechtswahrheit (der Geschädigte soll nicht zweimal entschädigt werden), einem Prinzip (Treupflicht des Arbeitnehmers; Bereicherungsprinzip niemand soll sich ohne eigene Leistung auf Kosten eines anderen bereichern), einer Maxime (niemand soll aus einem unlauteren Handeln auch noch Vorteile ziehen können) oder einem allgemeinen Rechtsgrundsatz (*primo tempore, potior iure*) in einer konkreten Entscheidungssituation operieren will. Diese - für alle der vier genannten Kategorien qualitativ identischen - Schwierigkeiten sollen unter den Stichworten Konkretisierung, Auswahlproblematik und Prinzipienwiderspruch diskutiert werden.

3.1.2.1. Eine phänomenologische Auslegungslehre ist zunächst in der glücklichen Situation, das Phänomen der Abstraktionshöhe oberster Rechtsprinzipien (mit "Überschuß an wertendem Sinngehalt") begrüßen zu können; Zitat: "Solche obersten Prinzipien in eine verbindliche Formel zu bannen, würde ihrem axiologischen Vernunftgehalt Abbruch tun und sie zum Rang gewöhnlicher Rechtsgebote herabsetzen: ihren prägnanten Sinn würden sie ganz einbüßen. Denn, in diesen Grundsätzen wirkt sich ihrem Wesen nach eine Virtualität und Spannkraft aus, nicht etwa von logischem und dogmatischem Charakter, sondern von wertendem und axiologischem Gepräge: eine Kraft, nicht etwa der 'Wahrheit' und der theoretischen Verstandesbegründung, sondern der ethischen Werte und Wertschätzungen, die stufenweise reifen und sich bewähren auf Grund historisch-wechselnder Geisteslagen"¹⁾. In ganz engem Zusammenhang damit würde der

1) Betti, Allgemeine Auslegungslehre, S. 653

Versuch stehen, zwischen aktueller Ausprägung der Grundsätze und ihrem spezifischen Sinngehalt zu unterscheiden, um dann bei letzterem eine Konstanz in der geschichtlichen Bewegung des "objektiven Geistes" anzunehmen¹⁾.

Unstreitig dürfte auf jeden Fall sein, daß allgemeine Grundsätze nicht als objektive Maßstäbe für einzelne Entscheidungen dienen können²⁾, da sie zuvor der Konkretisierung, der inhaltlichen Ausfüllung und der Umgrenzung ihres Anwendungsbereichs bedürfen. Zwar wird noch moniert, daß der Bundesgerichtshof der Versuchung einfacher Deduktion hier und da erlegen sei³⁾, aber die Verlobtenunzucht des BGH ist schon so häufig kritisiert worden, daß mit weiteren Durchgriffen dieser Art wohl nicht mehr gerechnet werden muß. Auch die Wolffsche Differenzierung in (mögliche) einfache und (unmögliche) komplizierte Ableitungen⁴⁾ erscheint wenig ergiebig, solange für diese Differenzierung keine Kriterien angegeben werden können. Inhaltliche Ableitungen "elementarster Art" sollen zwar vollzogen werden können⁵⁾, aber allein der Versuch einer solchen Unterscheidung birgt wegen der "nicht genau" möglichen Grenzziehung die Gefahr in sich, in komplizierten Ableitungssituationen, d.h. dann, wenn sich in komplexen Sachverhalten wegen vielschichtiger und ineinander verwobener Interessen im Rahmen eines Rechtsgrundsatzes eine Vielzahl von Gestaltungsmöglichkeiten denken läßt, eine einfache Ableitungssituation behauptet und dann problemblind deduziert wird.

1) Larenz, Methodenlehre², S. 318

2) Makkonen, Juridische Entscheidung, S. 190

3) Kaufmann, Analogie, S. 9

4) Wolff, Rechtsgrundsätze, S. 45 f

5) Esser, Grundsatz und Norm, S. 86

Wenn aber - wie Esser nachgewiesen hat - Grundsätze und Prinzipien keine "deduktiv auswertbare Eigenbedeutung" haben, "die sie befähigt, eine Rechtsbildung derart zu beherrschen, daß die Kasuistik bloßes Produkt folgerichtiger Prinzipienanwendung wäre"¹⁾; wenn aber jede noch so "prinzipielle Formulierung" eine Vielzahl von Abwandlungsmöglichkeiten in sich trägt²⁾; wenn diese Grundsätze also allenfalls nur "Konturen der Lösung, nicht schon die Lösung selbst" sind³⁾: welches sind dann die Lösungsvorschläge, die die Methodenlehre den Richtern anbietet? Soll der Richter zunächst nicht unkontrolliert auf Evidenzen rekurrieren und dann - wie es das Bundesverfassungsgericht bei der Ableitung verschiedenster allgemeiner Rechtsgrundsätze aus dem Rechtsstaatsprinzip getan hat⁴⁾ - auf jeden Nachweis verzichten, daß Unterprinzipien von einem "obersten Prinzip" tatsächlich umfaßt werden, ist er nicht in der günstigen Ausnahmesituation, daß er auf sog. "rechtssatzförmige Prinzipien"⁵⁾ zurückgreifen kann und will er schließlich nicht haltlos das Gebiet breiter Beliebigkeit betreten, so scheinen sich ihm folgende Möglichkeiten zu bieten: Canaris⁶⁾ will dem Entscheider durch Hinweis auf die Güterabwägung, den Systemgedanken und das positive Recht Hilfen anbieten. Dabei sieht er für die Güterabwägung zunächst selbst, daß mit dem Zugriff auf Schutzwürdigkeit und Schutzbedürftigkeit der auf dem Spiel stehenden Rechts-

1) Esser, Grundsatz und Norm, S. 267

2) Esser, a.a.O., S. 273

3) Esser, a.a.O., S. 80

4) Larenz, Methodenlehre³, S. 414

5) dazu Larenz, a.a.O., S. 463 ff

6) Canaris, Lücken, S. 161 ff

güter die entscheidende Frage nach der Höherrangigkeit noch nicht beantwortet ist; er verweist daher letztlich allein auf "System" und "positives Recht". Canaris glaubt nun in bezug auf ersteres, daß mit dem Gelingen der dogmatischen Einordnung des nunmehr justiziabel gemachten Prinzips in das geltende System "viel gewonnen" sein könnte, zumal wenn dazu noch

- zur weiteren Klärung von Einzelfragen - eine weitere "Abstimmung mit dem positiven Recht" vorgenommen werde. Nur dadurch könnten die innere Einheit und Folgerichtigkeit, Glaubwürdigkeit und Gerechtigkeit der Rechtsordnung gewahrt werden. Größeren Halt sieht Canaris im "positiven Recht" auf Grund dessen "konkretisierender" und "limitierender Funktion". Gerade dadurch werde der Richter daran gehindert, in einer bloßen Billigkeitsrechtsprechung seine Zuflucht zu suchen. "Positives Recht" heißt aber bei Canaris in erster Linie nichts anderes als "Gesetz"; dies ist es, das als "Wegweiser und Schranke" dient. Das Phänomen der Flucht des Gesetzgebers aus seiner politischen Verantwortung im Zivilrecht vermag Canaris allerdings nicht in Verlegenheit zu bringen: die Wertungen des Gesetzes entfalten ja ihre "Fernwirkungen".

Demgegenüber versucht Esser, das Problem der Konkretisierung der Prinzipien bzw. der Herstellung ihrer "Justiziabilität" dadurch in den Griff zu bekommen, daß er dem Entscheider aufgibt, die allgemeinen Rechtsgedanken nicht "'irgendwie'", sondern *lege artis et doctrinae* auszuprägen¹⁾. Das scheint seiner Ansicht nach dann gesichert zu sein, wenn der Rückgriff des Richters auf die komplexe Vielzahl von "ethischen und common sense-Gesichtspunkten" nicht ziellos erfolgt, sondern sich als "problematisches Denken" in sicheren

1) Esser, Grundsatz und Norm, S. 85

Bahnen innerhalb der vier Grundvorstellungen der "naturalis ratio" und der "Natur der Sache", der "aequitas" und der "Rechtslogik" vollzieht¹⁾. Dies seien nämlich die universal anerkannten Denkweisen, in denen die "Transformierung vorjuristischer Werturteile und nicht justiziabler Prinzipien in echte Rechtswertungen" typischerweise ablaufe²⁾. Es wird zu analysieren sein, wieweit ein solcher Rückgriff auf das "rechtlich angemessene" und den "natürlichen Sachzusammenhang" in der konkreten Entscheidungssituation reichen kann.

Larenz verweist auf die Methode der Typenbildung bzw. das typologische Rechtsdenken³⁾, dessen Credo für die vorliegende Problematik so lautet: "Durch ihre (sci|. der allgemeinen Rechtsgedanken und Prinzipien) Verdeutlichung an 'einleuchtenden' Beispielen und sodann durch den Vergleich mit anderen, nach ihnen beurteilten Fällen sowie durch die Herausarbeitung weiterer, speziellerer Rechtsgedanken auf Grund einer rechtlichen Analyse derjenigen Fälle, an denen sie hervortreten, gelingt es der Rechtsprechung nach und nach, den relativ 'unbestimmten' Maßstab inhaltlich anzureichern, mit Bezug auf bestimmte Fälle und Fallgruppen zu konkretisieren und dadurch schließlich ein Geflecht von Entscheidungsmustern zu schaffen, in das neu zu beurteilende Fälle größtenteils eingeordnet werden können"⁴⁾. Auf diese Art des Rechtsdenkens wird an anderer Stelle einzugehen sein.

1) Esser, Grundsatz und Norm, S. 81, S. 56;
vgl. auch Esser, Prinzipien, S. 176 ff, insb.
S. 179

2) Esser, Grundsatz und Norm, S. 81

3) Larenz, Methodenlehre², S. 461; Methodenlehre³,
S. 277

4) Larenz, Methodenlehre³, S. 277

Zusammenfassend stellt sich bereits an dieser Stelle eine Erkenntnis ein, die für sämtliche noch darzustellenden Lösungsvorschläge der Methodenliteratur von ganz entscheidender Bedeutung ist. Sichtbar wird hier nämlich eine immer wieder anzutreffende Verweigerungstaktik: fragt man z.B. nach Kriterien für die Konkretisierung von allgemeinen Rechtsgrundsätzen, wird man auf eine Güterabwägung, den Systemgedanken, das positive Recht, die Natur der Sache, die *aequitas*, die Präjudizien usw. verwiesen. Untersucht man dann aber später, nach welchen Kriterien eine Güterabwägung vorgenommen bzw. die Vorzugswürdigkeit von Interessen ermittelt werden können, findet man wiederum Hinweise auf leitende Rechtsprinzipien, positives Recht, Präjudizienreihen usw. Dasselbe gilt ebenso im Hinblick auf die Maßstäbe für die Zuordnung zu einem Typus; auch in diesem Zusammenhang landet man sehr bald bei allgemeinen Rechtsgrundsätzen und leitenden Wertentscheidungen des Gesetzgebers.

Insgesamt wird daraus vorläufig deutlich, daß sich richterliches Entscheidungshandeln doch offenbar als ein topisches Verfahren in dem Sinne darstellt: es müssen alle Gesichtspunkte ermittelt und sämtliche denkbaren Erwägungen angestellt werden. Dieser Umstand wird die Analyse, wieweit die Richter Lösungsvorschläge der Methodenliteratur aufgreifen, erheblich erschweren, wenn nicht gar unmöglich machen.

3.1.2.2. Als weitere Schwierigkeit stellt sich für den Richter die Auswahlproblematik. Ist dabei der Umstand, daß Prinzipien nicht den Anspruch auf Ausschließlichkeit erheben, d.h. daß die verschiedenartigsten Prinzipien dieselbe Rechtsfolge aussprechen können¹⁾, in diesem Rahmen ohne weiteres tolerierbar,

1) Canaris, Systemdenken, S. 53 f

so benötigt der Richter aber doch bestimmte Kriterien, nach denen er aus der immensen Vielzahl von Grundsätzen den für seine Entscheidungsfrage "einschlägigen" auswählen und heranziehen kann. Eine mögliche Lösung könnte lauten: selbst wenn Prinzipien unbestimmt sind, so haben sie doch einen Sinngehalt; durch diesen ihren Sinngehalt könnte das Prinzip in seiner "Einschlägigkeit" erkannt und damit in seiner Abwendbarkeit beschränkt sein¹⁾.

Einen Rechtfertigungsversuch dieser Annahme hat Diederichsen am Beispiel der alten Parömie "Wer den guten Tropfen genießt, muß auch den bösen genießen" unternommen; er geht dabei davon aus, daß die Parömie ihre rechtliche Fassung in der Saldotheorie gefunden habe, die dann wiederum nur im Austauschverhältnis, also bei der Abwicklung nichtiger gegenseitiger Verträge, Anwendung finden könne. Deshalb könnte sie auf andere Verhältnisse, in denen sich Anspruch und Verpflichtung gegenüberstehen, nicht zur Anwendung gebracht werden²⁾. Entscheidend ist nun aber, daß diese Nichtanwendbarkeit gerade nicht durch den Sinngehalt des Prinzips bewirkt werde, sondern durch die teleologische Beschränkung der Saldotheorie auf einen bestimmten Bereich: "... die Saldotheorie (ist) ihrem telos nach auf die Abwicklung unwirksamer Austauschverträge begrenzt"³⁾. Insgesamt dürfte es sich bei diesem Vorgehen wohl um eine Taktik handeln, die eine Begrenzung selbständig vornimmt und diese dann als den "Akt eines immanenten Sinngehalts" hinstellt.

1) Diederichsen, Topisches Denken, S. 703

2) zum ganzen: Diederichsen, a.a.O.

3) Diederichsen, Geschäftsführung, S. 892

3.1.2.3. Das Problem der Vielzahl von Rechtsgrundsätzen gerät aber erst dann an den eigentlich kritischen Punkt, wenn sich in dieser Vielzahl Grundsätze finden, die sich gegenüber dem vom Entscheider ins Auge gefaßten Grundsatz als Ausnahme oder als entgegengesetztes Prinzip darstellen. Dabei kann auch die Behauptung nicht beruhigen, Prinzipien würden sich "nicht immer" widerstreiten, sie würden sich vielmehr sehr häufig in der Weise ergänzen, daß erst ihr Zusammenspiel eine Regelung verständlich erscheinen ließe, als diese Annahme wohl kaum empirische Gültigkeit für sich in Anspruch nehmen will, zumal wenn in derselben Abhandlung kurz zuvor festgestellt wird, daß "nicht selten" ein Prinzipienwiderstreit besteht¹⁾. Gilt aber für jeden Grundsatz, was Wolf²⁾ für die sittliche Maxime dargelegt hat, daß es nämlich keinen Grundsatz gibt, der nicht in einem Fall durch einen anderen aufgehoben sein kann, und daß es somit für die Beantwortung der Frage, wann ein Grundsatz durch einen anderen aufgehoben ist oder nicht, kein allgemeines Merkmal gibt, so scheint in dieser Situation nur so eine Entscheidung möglich, daß auf Grund der individuellen Umstände des einzelnen Falles deziertioziert wird³⁾. Dennoch versucht die Literatur auch in diesem Zusammenhang, dem Entscheider verschiedene Wege aus dieser scheinbaren Ausweglosigkeit anzubieten. Larenz geht zunächst davon aus, daß die Rechtsprechung diejenige Lösung suchen soll, "die der festzustellenden 'Ranghöhe' der in Betracht kommenden Prinzipien und, wo diese zweifelhaft ist, dem Zuge der Entwicklung

1) Larenz, Methodenlehre², S. 461 und S. 394; vgl. auch ders., Wegweiser, S. 301: "Vielmehr gehört zum Wesen der lebendigen Rechtsordnung auch der Prinzipienwiderstreit."

2) Ernst Wolf, Allgemeiner Teil, S. 31

3) Zum ganzen: Wolf, a.a.O.

des allgemeinen Rechtsbewußtseins entspricht"¹⁾. Dieses Abstellen auf das "innere System" soll nun trotz der Unmöglichkeit des Aufbaus einer Wert-hierarchie seine Fruchtbarkeit daraus beziehen, daß der Richter eine "gewisse" innere Rangordnung durch eine "sorgfältige Analyse der Wertungen des Gesetzgebers"²⁾ ermitteln und die Rangordnung der Prinzipien somit zunächst der gesetzlichen Regelung entnehmen könne³⁾. Alsdann anerkennt Larenz aber die Rolle des Richterspruchs als des "Transformators von vorpositiven Prinzipien in positive Rechtssätze"⁴⁾, wenn er auf die Wertungen verweist, die der Richter - allerdings allein in dem ihm vom Gesetzgeber über-lassenen Rahmen - in Ausfüllung seines Beurteilungs-spielraums vorzunehmen habe⁵⁾. Der Frage, wie weit das Larenzsche Abstellen auf das "Rechtsbewußtsein", also auf Konsens, reicht, muß an anderer Stelle nach-gegangen werden.

Eine deutlichere Position zu der hier vorliegen-den Problematik bezieht Wieacker in zwei zusammen-hängenden, zeitlich kurz aufeinanderfolgenden Ab-handlungen⁶⁾. In Verfolgung der Bereiche "rechtsför-migen Handelns", in denen die Topik (von ihm ver-standen als auf praktische Vernunft und Einsichtig-keit gegründete Gesichtspunkte) die Entscheidung selbst unmittelbar bestimmen dürfe, findet er einen solchen dort, wo sich bei der Musterung von Alterna-

1) Larenz, Wegweiser, S. 302 f

2) Larenz, Methodenlehre², S. 461

3) Larenz, Methodenlehre³, S. 461

4) Esser, Grundsatz und Norm, S. 52

5) Larenz, Methodenlehre³, S. 462

6) Wieacker, Topikdiskussion (1973) und ders., Unstrenge Verfahren (1974)

tiven "unaufhebbare Wertungswidersprüche" einstellen; eine derartige Situation könne sich nun zwar nur dann ergeben, wenn sich für die Bevorzugung einer der widerstreitenden Bewertungen weder aus dem "inneren Wertungszusammenhang der Rechtsordnung" (also aus dem "inneren System") noch aus dem Gesetzeswortlaut ein Bewertungsmaßstab auffinden ließe. Dann aber seien unbeschränkt "die praktischen Vernunftgründe, die sich im Lauf der Erörterung als die besten erwiesen ... (hätten), als zureichende Bestimmungsgründe der Entscheidung anzusehen"¹⁾. Dieser Anerkennung einer "freien Topik" versucht Wieacker aber in seiner späteren Abhandlung dadurch eine Einschränkung entgegenzusetzen, daß er dem Richter zwar aufgibt, "in der Sache selbständig (zu) entscheiden", ihn aber gleichzeitig zwingt, die allgemeine Regel anzugeben, nach der er entschieden hat, damit sein Urteil "Stufe eines weiteren richterlichen Rechtsbildungsprozesses sein kann"²⁾. Gerade darin sieht er das Element, das die Bestimmungsgründe der Entscheidung nicht schlechthin frei und beliebig sein läßt: "Was eine Entscheidung zu einer rechtlichen macht, ist daher der Aufweis einer Entscheidungsmaxime, die als je allgemeine Regel für alle gleich zu bewertenden Fälle formuliert ist oder formuliert werden könnte"³⁾. Mit diesem Postulat sei dann die Notwendigkeit verbunden, überprüfbare und zwingende Beweisgründe für die Richtigkeit der Werturteile, die jeder Rechtsanwendung zugrundeliegen, anzugeben.

1) Zum ganzen: Wieacker, Topikdiskussion, S. 414

2) Wieacker, Unstrenge Verfahren, S. 441

3) Wieacker, Topikdiskussion, S. 412

3.1.3. Damit erscheint die Urteilsanalyse in ausreichendem Maße vorbereitet: immer dann, wenn der Richter in einer aktuellen Entscheidungssituation mit einem allgemeinen Rechtsgrundsatz - von einem leitenden Prinzip der Rechtsordnung bis zur einfachsten grundsätzlichen Erwägung - operiert, wird der Frage nachgegangen, wie er die Geltung dieses Grundsatzes rechtfertigt, wie er ihn konkretisiert, wie er gerade diesen aus der Vielzahl möglicher Grundsätze auswählt, und wie er schließlich in einer Situation vorgeht, in der zwei als einschlägig erkannte Prinzipien in Widerspruch stehen.

3.2. AUSLÄNDISCHES RECHT

Trotz der schon alten Erkenntnis von der Rechtsvergleichung als einem der "mächtigsten Hebel der Gesetzesinterpretation"¹⁾ scheint die geringe Bedeutung des ausländischen Rechts nicht auf einem "horror alieni iuris"²⁾ zu beruhen, sondern auf seiner tatsächlich äußerst beschränkten Leistungsfähigkeit für die richterliche Rechtsfindung. Für kaum eine andere Kategorie findet sich in der Literatur eine so breite Einigkeit, die schon bei der nunmehr klassisch gewordenen Begründung für die Notwendigkeit der Rekurrirung auf ausländisches Recht beginnt: wenn der Richter bei Auslegung, Lückenfüllung und Rechtsfortbildung wie ein Gesetzgeber handelt³⁾ und dieser sich in immer weiterem Umfang rechtsvergleichende Forschungen zunutze macht, so

1) Kohler, Interpretation, S. 37

2) Dölle, Rechtsvergleichung, S. 34

3) Vgl. Art. 1 Abs. 2 ZGB: Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter ... nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde.

muß auch der Richter "sich der blickweitenden Methode des modernen Gesetzgebers, also der Rechtsvergleichung, bedienen"¹⁾. Einigkeit besteht weiterhin darüber, daß die grundsätzliche Akzeptierung der Rechtsvergleichung für die Interpretation nicht mehr bestritten werden könne²⁾; ebenso unkontrovers ist zuletzt ihre Leistungsfähigkeit im Bereich des autonomen internen Rechts, also in bezug auf das "genuin einheimische nationale Zivilrecht"³⁾ (Kollisionsnormen oder Normen, die durch ausländisches Recht beeinflußt sind, bleiben außer Betracht): Ausländisches Recht ermöglicht die Erkenntnis von Zusammenhängen, die Erweiterung des Kreises der Lösungsmöglichkeiten, die Bestätigung bzw. Unterstützung und Bekräftigung der eigenen Auffassung⁴⁾, es hat Informations-, Orientierungs- und Kontrollfunktion⁵⁾, es dient der tieferen Problemerkfassung⁶⁾, es vermag zuletzt durch die Ermöglichung der Gewinnung des Abstandes vom herkömmlichen Gedankengut⁷⁾ Fehlerquellen aufzudecken⁸⁾.

Filtert man aus dieser Vielzahl das entscheidende Moment heraus, so ergibt sich das Postulat umfassenden Problem Denkens mithilfe sublimier rechtsvergleichender Studien, das allerdings nicht primär auf das richterliche Handeln abzielen kann; für den Richter wird es in erster Linie darum gehen, das von ihm durch andere Methoden gewonnene Ergebnis zu be-

1) Zweigert, *Universale Interpretationsmethode*, S. 9

2) Aubin, *Rechtsvergleichende Interpretation*, S. 476

3) Aubin, a.a.O., S. 458

4) Dölle, *Rechtsvergleichung*, S. 34, 37

5) Constantinesco, *Rechtsvergleichung*, S. 371

6) Meier-Hayoz, *Richter*, S. 198

7) Uyterhoeven, *Rechtsfindung*, S. 65

8) Zweigert, *Universale Interpretationsmethode*, S. 18

stätigen, abzusichern oder zu bekräftigen¹⁾). Daß dies nur sinnvoll sein kann, wenn eine Rechtsnorm, ein Präjudiz oder auch eine Theorie der Doktrin auf den "teleologisch-axiologischen, ideologischen und soziologischen Grundlagen des fremden Rechts" erfaßt wird, bedarf heute keiner besonderen Hervorhebung mehr. Ebensovienig ist zweifelhaft, daß Gerichte ausländisches Recht dann nicht heranziehen werden, wenn es mit den Wertentscheidungen des Gesetzgebers kollidiert, wenn es mit der Rechtsprechung der Gerichte unvereinbar ist, wenn es sich in die Gesamtrechtsordnung ("inneres System") nicht einfügen läßt und wenn es einer breiten herrschenden Literaturmeinung entgegensteht²⁾. Vor diesem Hintergrund wird die Urteilsanalyse der Frage nachgehen, wie die Richter die Schwierigkeit bewältigen, vor dem Rekurs auf ausländisches Recht diese teleologisch-axiologischen, ideologischen und soziologischen Grundlagen des fremden Rechts adäquat zu erfassen.

3.3. BEGRIFF (incl. Begriffsdogmatik, Begriffsformalismus, Begriffslogik)

Das Arbeiten mit Begriffen stellt sich für den Juristen als das Operieren mit den im jeweiligen Begriff verdichteten professionell konsentierten Problemlösungen dar; es kann insofern sinnvoll allein in dem Bewußtsein erfolgen, daß jeder Rechtsbegriff synonym mit der Gesamtheit der Wertungen ist, mit denen er im Laufe seiner Entwicklung befrachtet wurde³⁾. Dieser so vollzogene Begriffseinsatz enthebt den Richter

1) Für die besondere Situation der schweizerischen Rechtsprechung vgl. Meier-Hayoz im Berner Kommentar, Art. 1 Bem. 355 ff

2) Meier-Hayoz, Richter, S. 198

3) Esser, Grundsatz und Norm, S. 305

zwar - schon aus Gründen der Entscheidungsökonomie - der Notwendigkeit, in jedem einzelnen Fall immer wieder alle schon früher diskutierten und dann schließlich als sachgerecht konsentierten Erwägungen zur Gerechtigkeit und Vernünftigkeit konkreter Problemlösungen erneut zu durchlaufen; ihm bleibt aber in jedem aktuellen Konfliktfall aufgegeben, entweder neue Wertungen in den Begriff hineinzulegen und überholte aus ihm auszuschneiden, oder aber sich Klarheit zu verschaffen, daß ein sachlicher Grund, eine Neubewertung vorzunehmen, nicht ersichtlich ist.

Im Gegensatz zu dieser reflektierten Form des Begriffseinsatzes steht das begriffsformalistische Vorgehen, wie es oben unter 2.5. beschrieben wurde; es bedarf keiner Darlegung, daß Begriffsformalismus überhaupt nichts mit "an excessive use of logic", sondern allein mit "great stupidity" zu tun hat¹⁾.

Da nun eine Urteilsanalyse bekanntlich den Nachweis tatsächlich begriffsformalistischen Vorgehens nicht erbringen kann, muß sich die Auswertung der Entscheidungen auf das Aufzeigen derjenigen Situationen beschränken, in denen sich der Verdacht einstellt, daß die Richter der Gefahr eines unreflektierten Begriffsformalismus vielleicht doch erlegen sind. In bezug auf den Hinweis der "great stupidity" wird zu untersuchen sein, wie weit man den Zivilrichtern einen derartigen Vorwurf machen können. Für das begriffslogische Argumentieren ergeben sich im übrigen keinerlei Besonderheiten; auch das Argument aus der begrifflichen Notwendigkeit heraus kann in gleicher Weise in reflektierter und unreflektierter Form zum Einsatz gebracht werden.

1) Hart, Positivism, S. 611

3.4. DENKFORMEN (incl. Analogon, Typus, Institut)

"Da die Vorsehung nicht gewollt hat, daß unsere zur Glückseligkeit höchst nötigen Einsichten auf der Spitzfindigkeit feiner Schlüsse beruhen sollten" (Kant), steht die juristische Abhandlung angesichts der Unerreichbarkeit der mathematischen Exaktheit axiomatischen Denkens (ungeachtet möglicher Axiomatisierungen kleiner Teilbereiche) vor der Notwendigkeit, im Hinblick auf die richterliche Rechtsfindung adäquate Denkformen aufzuspüren, in deren Bahnen der Richter Halt und Orientierung finden kann. Das seit der Viehwegschen Reminiszenz der Aristotelischen und Ciceronischen Techne des Problem Denkens viel beachtete topische Denken eröffnet zwar unersetzliche optimale Diskutierbarkeit eines Problems; eine Richtlinie für rechtliche Entscheidungen bzw. eine Methodenleistung in bezug auf zureichende Determinierung richterlicher Rechtsfindung kann aber nicht von einer Technik erwartet werden, die treffend als "Beachtung aller Gesichtspunkte und Ablehnung voreiliger Festlegungen"¹⁾ charakterisiert wird. Vielversprechender erscheint es von daher zunächst, auf die Anweisung Bractons aus dem 13. Jahrhundert zurückzugreifen: "If any new and unwonted circumstances shall arise, then, if anything analogous has happened before, let the case be adjudged in like manner, proceeding a *similibus ad similia*"²⁾ und daran anschließend sich den Formen des Rechtsdenkens zuzuwenden, in denen neuerdings "Habilitanden und Doktoranden, die gegenüber erfahrenen Unzulänglichkeiten traditioneller Rechtswissenschaft sensibel" geworden sind, ihr "methodologisches Mekka"³⁾ gefunden haben sollen: es geht um

1) Struck, Jurisprudenz, S. 117

2) zit. nach Cross, Precedent, S. 21

3) Wiethölter, Typologie, S. 273

das analogische, das typologische und das institutionelle Rechtsdenken. Dabei soll die Diederichsenske Warnung keinen Moment aus den Augen verloren werden: "Eine Denkweise, die ... (dem juristischen Entscheider) keine festen Maßstäbe an die Hand gibt oder auch nur geben will, taugt ... für ihn nicht"¹⁾.

3.4.1. Im Zusammenhang mit dem analogischen Rechtsdenken interessiert nur am Rande, daß sämtliche Erkenntnisse, die unser Wissen erweitern, analogische Erkenntnisse sein sollen²⁾ und daß seit der Antike die juristischen Entscheider durch Verfahren der Analogie zu neuen Entscheidungsnormen gelangt sind³⁾; bevor aber den Schwierigkeiten nachgegangen wird, die sich die Richter bei einem derartigen Vorgehen einhandeln, muß zunächst abgeklärt werden, in welchen Zusammenhängen analogisches Denken überhaupt aufgespürt werden kann.

3.4.1.1. Bereits die Subsumtionstätigkeit des Richters soll analogischen Charakter aufweisen, und zwar deshalb, weil Normbegriffe und Sachverhaltsbegriffe auf einer gemeinsamen Beurteilungsebene in ein analogisches Verhältnis gebracht werden müßten⁴⁾; Norm und Sachverhalt müßten, da sie verschiedenen Konstruktionsebenen angehörten, in einem Verfahren der "analogischen Assimilation" erst "gleichgemacht" werden⁵⁾. Auf der Grundlage eines solchen "innertatbestandlichen Analogieschlusses"⁶⁾ kann Kaufmann dann davon

1) Diederichsen, Topisches Denken, S. 703

2) Kaufmann, Analogie, S. 16 f

3) Ehrlich, Logik, S. 225 f

4) Esser, Vorverständnis, S. 34

5) Baratta, Analogie, S. 147

6) Heller, Logik, S. 87

sprechen, daß Rechtsfindung ein "In-die-Entsprechung-bringen, eine Angleichung, eine Assimilation von Lebenssachverhalt und Norm" sei¹⁾.

Noch umfassender sichtbar wird aber die Analogizität dieses Verfahrens unter der Erkenntnis, daß die im analogischen Verfahren gleichgemachten Begriffe selbst nur analogischen Charakter haben können, "weil sie nie etwas nur Anschauliches, sondern immer auch ... einen geistigen, einen spezifisch rechtlichen Sinn zum Ausdruck bringen"²⁾. Am Beispiel des strafrechtlichen Begriffs der Waffe i.S. des § 223 a StGB verdeutlicht Kaufmann, daß dieser sinnvoll nicht als abstrakt definierter Begriff, sondern nur als Funktionsbegriff erfaßt werden kann, "eben als ein analoger Begriff, der noch ein vergleichsweise Ähnliches meint, als was man im eigentlichen Sinne unter Waffe versteht"³⁾. Insofern kann dann auch der Prozeß der Gesetzesauslegung nur als analogischer gedacht werden, eine Annahme, die von methodischen Untersuchungen durch den Nachweis erhärtet wird, daß die mögliche Bandbreite eines Normbegriffs nur durch ein Herantragen unterschiedlicher Fallvarianten und die damit denkbaren Anwendungsvergleiche erfaßt werden könne; die analogische Struktur des tatbestandlichen Denkens liege dann darin, daß der Begriff als Palette vorstellbarer Anwendungsfälle erfaßt werde, mit der sich dann die neu auftauchende aktuelle Konfliktsituation vergleichen ließe⁴⁾. Auch in dem Bereich, der traditionell als "freie richterliche Rechtsfindung"

1) Kaufmann, Analogie, S. 29

2) Kaufmann, a.a.O., S. 24

3) Kaufmann, a.a.O., S. 30

4) Esser, Vorverständnis, S. 33; vgl. auch Zippelius, Methodenlehre, S. 78: Auslegung als "vergleichende Erprobung"

bezeichnet wird, scheint der Rechtsfinder nur dadurch zu Entscheidungsmaximen gelangen zu können, daß er den zu entscheidenden Lebenssachverhalt in einem Prozeß des "reasoning from case to case" einem bereits konsentierten Fallkomplex zuordnet; ebenso sollen die dogmatischen Konstruktionen (als die Einordnung einer Einzelercheinung in das System unter Analysierung und Synthese ihrer Begriffselemente) dadurch als Analogiehypothese fungieren, daß sie Ähnlichkeiten in der Lagerung der Interessen zum Ausdruck bringen, die dann noch andere als die schon vor der Konstruktion vollzogenen Analogieschlüsse begründet erscheinen lassen¹⁾; wenn dann noch schließlich das Verfahren der Gesetzgebung als analogisches begriffen wird²⁾, so wird im Hinblick auf die Ubiquität analogischen Rechtsdenkens deutlich, wie notwendig es ist, dem Richter bei einem derartigen Vorgehen Orientierungspunkte zur Verfügung zu stellen.

3.4.1.2. Zunächst könnte sich nämlich der Eindruck einstellen, als handle es sich hier um ein relativ zweifelhaftes Verfahren; denn einmal soll es sich in Operationen vollziehen, die zum größten Teil auf Abschätzungen, auf Eindrücken und auf Auffassungen subjektiver Färbungen beruhen³⁾, und zum anderen sollen Analogieargumentationen "oft nicht nur suggestiv wirksam", sondern gerade auf Grund ihres "poetischen Anstrichs" rhetorisch besonders vorteilhaft sein⁴⁾. Das kann an einem klassischen - von Esser publik gemachten⁵⁾ - Beispiel eindrucksvoll belegt werden:

1) Rümelin, Konstruktion, S. 346,354

2) Baratta, Analogie, S. 148 und Kaufmann, Analogie, S. 33

3) Zitelmann, Lücken, S. 34

4) Weinberger, Rechtslogik, S. 353

5) Esser, Wertung, S. 23

Hast du meine Wolle mit Purpur gefärbt, dann gehört nach Labeos Ansicht die Purpurwolle dennoch mir. Es ist ja kein rechtlicher Unterschied zwischen der purpur gefärbten und der in Schmutz und Dreck gefallenen Wolle, die auf solche Weise auch ihre frühere Farbe verloren haben würde.

Vor diesem Hintergrund wird die dem Juristen natürlich bekannte Problematik deutlich, daß es beim analogen Vorgehen weniger auf die Feststellung der Ähnlichkeiten ankommt als auf die Beantwortung der Frage, ob die Ähnlichkeit "wertungsmäßig so bedeutsam" ist, daß das Analogon für den neuen Konfliktfall herangezogen werden kann¹⁾. Um diese Entscheidung aber nicht dem "subjektiven Belieben" des jeweils Urteilenden anheim fallen zu lassen, verweist Larenz wiederum auf die "'immanente Teleologie' des Gesetzes", die auch diejenigen "objektiven Rechtszwecke und allgemeinen Rechtsprinzipien" umfasse, "die in das Gesetz Eingang gefunden hätten"²⁾.

Während Baratta demgegenüber zunächst allgemein Halt sucht in der Verbindung von Analogie und Topik, da man von Topoiaus als allgemeinen oder angesehenen Meinungen zumindest überzeugend argumentieren könne³⁾, hat es insbesondere Esser unternommen, für analogisches Denken Orientierungspunkte aufzuzeigen. Danach sind es die Rechtsgrundsätze und die allgemeinen Rechtsgedanken, die als Maßstäbe für die Berechtigung einer Analogie auftreten können; "obgleich also analogisches Denken nicht aus Prinzipien 'schließt', setzt es doch solche Prinzipien als Beziehungspunkte, Kriterien und Maßstäbe der Vergleichbarkeit voraus"⁴⁾.

1) Larenz, Methodenlehre², S. 361

2) ders., Methodenlehre³, S. 359

3) Baratta, Analogie, S. 150

4) Esser, Grundsatz und Norm, S. 253

Weniger vielversprechend erscheint dagegen der Hinweis auf eine Lenkungsleistung vom "Erfolg" und "undogmatischen Wertungsdenke", zumal man sich nicht regelmäßig in Situationen befinden dürfte, in denen sich für den neuen Fall eine für einen bestimmten Problemkreis bereits anerkannte Lösung "aufdrängt"¹⁾.

Fällt somit insgesamt die Suche nach Lösungsvorschlägen etwas enttäuschend aus, muß man sich vielleicht mit folgendem durchschlagenden Patentrezept begnügen: "die entscheidende Ähnlichkeit liegt darin, daß die gleiche Entscheidung gerecht ist"²⁾.

Die Urteilsanalyse wird daher immer dann, wenn der Richter auf Fallvarianten, Präjudizienreihen, Gesetzesnormen, Regelungskomplexe, allgemeine Rechtsgrundsätze usw. zugreift, um von dort aus sein analogisches Denken zu starten, folgenden Fragen nachgehen müssen:

- nach welchen Kriterien wählt der Richter aus der Unzahl möglicher Analoga sein einschlägiges aus? Dabei handelt es sich um ein im anglo-amerikanischen Präjudizienrecht bekanntes Problem: "The judge is 'bound' by authority only according to his own lights, i.e. according as he himself considers the precedent cited to him to be applicable to the circumstances in issue"³⁾.

- wie ermittelt der Richter Gleichheiten bzw. Ungleichheiten und nach welchen Kriterien bestimmt er, daß die Gemeinsamkeit der für die rechtliche Wertung entscheidenden Umstände die Analogiebildung zu rechtfertigen vermag.

†) Esser, Grundsatz und Norm, S. 231

2) Struck, Jurisprudenz, S. 65

3) Allen, Law, S. 364

Dabei kann die Analyse natürlich nur an den Stellen ansetzen, an denen die Richter offen analogisch vorgehen; die These, daß alle Rechtsfindung analogischen Charakter habe, bedarf keines weiteren Nachgehens.

3.4.2. Das typologische Rechtsdenken, dessen Zusammenhang mit dem analogischen noch darzustellen sein wird, stellt sich als ein Verfahren dar, das in der Jurisprudenz durch eine auffallende Besonderheit gekennzeichnet sein soll: "durch die Diskrepanz nämlich zwischen dem erheblichen philosophisch-wissenschaftlichen Aufwand einerseits und den bislang eher dürftigen praktischen Ergebnissen andererseits"¹⁾. Dennoch erzwingt die These von der typologischen Struktur der Rechtsfindung²⁾ die eingehende Analyse, in die anhand der Beispiele eingestiegen werden kann, wonach sich die Regeln des BGB über Unmöglichkeit und Gläubigerverzug nicht ohne weiteres auf das personenrechtlich strukturierte Arbeitsverhältnis übertragen ließen, da sie am Typus der vermögensrechtlichen Austauschverhältnisse entwickelt und auf diesen zugeschnitten seien³⁾ oder wonach den verschiedenen Formen der Geschäftsbesorgung (im Rahmen einer GoA) nur dadurch Rechnung getragen werden könne, daß man aus ihnen verschiedene Typen der Geschäftsbesorgung entwickle, weil nur dadurch die Problematik des Minderjährigen als Geschäftsführer adäquat erfaßbar sei⁴⁾. Weitere Leistungen soll das typologische Rechtsdenken in denjenigen Bereichen erbringen, wo Vorschriften von generalklauselartiger

1) Ott, Typologie, S. 18

2) Strache, Denken, S. 86

3) Canaris, Lücken, S. 123

4) Diederichsen, Geschäftsführung, S. 890, 891

Weite richterliche Typenbildungen erforderlich machten - wozu z.B. die zur Konkretisierung des § 242 BGB gebildeten Verhaltenstypen des Rechtsmißbrauchs, der Verwirkung, des widersprüchlichen Verhaltens u.a.m. gehörten -, um den Bedürfnissen der Rechtssicherheit genügen zu können¹⁾; schließlich sei das typologische Denken sogar in der Lage, für neuartige Rechtsinstitute wie das des Warenkaufs eigene Normen zu entwickeln²⁾. Aber trotz dieser relativ hohen Anschaulichkeit der Beispiele herrscht - nicht nur im nationalen Schrifttum - eine breite Einigkeit über das Faktum einer hohen Inflation des Begriffs "Typus"³⁾ und über die das Typendenken beherrschende "confusion totale", die außerordentlich treffend so beschrieben wird: "la typologie, en son état actuel, risque fort d'être utilisée comme un étendard derrière lequel se dissimuleraient toutes sortes d'idées plus ou moins vagues, soustraites au contrôle de l'application réelle, et dès lors inutiles, sinon même dangereuses pour l'ordre juridique"⁴⁾. Diese Befürchtungen erscheinen allerdings Wiethölter noch zu niedrig angesetzt zu sein, weshalb er mutmaßt, daß Karl Larenz und seine Schüler in der "Nachfolge rechtshegelianischer Philosopheme" Typologien als "geistig-inhaltlich-normative corpora mystica" des positiven Rechts zu stilisieren beabsichtigen⁵⁾. Nach der Festsetzung, daß auch Habilitationsschriften darauf verzichten, mehr als eine grobe Gruppierung der vielfältigen Denkformen aufzu-

1) Westermann, Typengesetzlichkeit, S. 104

2) Diederichsen, Warenhersteller, S. 330 ff

3) Engisch, Konkretisierung, S. 266

4) Jolidon, Structure, S. 505

5) Wiethölter, Typologie, S. 274

zeigen, die im Typus einen Sammelnamen gefunden haben¹⁾, und unter Außerachtlassen derjenigen Auffassungen, die die vielbehaupteten Typen überhaupt für denk unmöglich halten²⁾, kann man das, worum es eigentlich geht, (poetisch) so formulieren: das zauberische Typologiedenken (Wiethölter) soll befreien aus den spanischen Stiefeln der scholastisch befangenen Klassenbegriffs-Logik³⁾; denn das traditionelle begriffliche Denken sei ein Trennungsdanken, das die Ganzheiten des Lebens zerstöre⁴⁾, es sei ein Denken, das die Gefahr der dogmatischen Vergewaltigung der juristischen Wirklichkeit in sich berge⁵⁾. Der alte Grundsatz des "omnis definitio in iure civili periculosa est" sieht ganz deutlich, daß das begriffliche Denken zu Sinnfixierungen strebt und damit Festlegungen erreichen will⁶⁾. Sind aber die komplexen Erscheinungen des sozialen Zusammenlebens nicht scharf gegeneinander abgegrenzt und abgrenzbar, so erscheint ein Denken in Typen (als grundsätzlich unscharfen Gedankengebilden⁷⁾) tatsächlich adäquat und somit unausweichlich⁸⁾; denn der entscheidende Vorzug soll gerade in der Geeignetheit zu Differenzierungen und zur Erfassung von Misch- und Übergangsformen liegen⁹⁾, typologisches Denken soll also durch fließende Über-

1) Westermann, Typengesetzlichkeit, S. 100

2) Wolf, Allgemeiner Teil, S. 20

3) Heyde, Typus, S. 244

4) Radbruch, Klassenbegriffe, S. 167

5) Wolff, Typen, S. 197

6) Zippelius, Typen, S. 231

7) Strache, Denken, S. 47

8) Wolff, Typen, S. 199 f

9) Larenz, Methodenlehre², S. 450

gänge miteinander verbundene Erscheinungen erfaßbar machen¹⁾: "Der Begriff kennt nur das scharfe 'Entweder-Oder', der Begriff trennt, ... der Typus ... dagegen bequemt sich dem 'Mehr-oder-Minder' der mannigfaltigen Wirklichkeit an, er verbindet, macht Sinnzusammenhänge bewußt, das Allgemeine wird in ihm ... ganzheitlich erfaßt"²⁾. Auf dieser Grundlage kann Strache dann ausführen, daß Begriff und Typus logisch verschiedene Inhalte hätten, für deren Bestimmung der Sprachgebrauch richtig zwischen Definieren und Beschreiben differenziere (der Inhalt des Begriffs wird definiert, Typen können dagegen nur beschrieben werden³⁾). Beispiel: dem Typus des Kaufmanns in seiner Erfassung der "lebensvollen Ganzheit" der für den Kaufmann typischen Eigenschaften wie Genauigkeit, Zähigkeit und Weitsichtigkeit soll der nüchtern knappe Begriff des Kaufmanns als derjenigen Person gegenüberstehen, die "ein Handelsgewerbe betreibt" (§ 1 Abs. 1 HGB)⁴⁾.

Mit der Konstatierung, daß die vorstehende Charakterisierung des Typus in seiner logischen Abgrenzung zum Begriff im wesentlichen nicht umstritten⁵⁾ ist und daß eine Definition des Typusbegriffs untunlich

1) Strache, Denken, S. 47

2) Kaufmann, Analogie, S. 37 f

3) Strache, Denken, S. 33

4) Heyde, Typus, S. 244

5) Teichmann, Typuslehre, S. 360; vgl. allerdings Schmidt, Denken, S. 260, der darauf aufmerksam macht, daß das von Typendekern auf den "Begriff" angewendete Definitionsschema per genus proximum et differentiam specificam längst in seiner Ausschließlichkeit überholt sei.

erscheint ("... ist eine Einheit, eine Ganzheit, ein Eines, das sich aus geeinten Teilen, nämlich aus den gesonderten Eigenschaften, die das Typische insgesamt ausmachen, also einem geeinten Vielerlei von Eigenschaften zusammengesetzt"), kann begonnen werden, den dem typologischen Denken immanenten Schwierigkeiten nachzugehen. Zuvor muß allerdings wiederum aufgezeigt werden, in welchen Bereichen richterlichen Entscheidungshandelns typologisches Vorgehen überhaupt anzutreffen sein wird. In diesem Zusammenhang hat insbesondere Larenz¹⁾ folgende Einteilung entwickelt:

3.4.2.1. "Subsumtion". Diese findet immer dort statt, wo der Tatbestand der anzuwendenden Norm begrifflich fixiert ist; das ist dann der Fall, wenn es gelingt, einen Begriff durch die vollständige Angabe der ihn kennzeichnenden Merkmale eindeutig zu definieren (S. 194). Dann kann der Richter im Einzelfall ohne Rückgriff auf Wertungsgesichtspunkte einen "wertungsfreien Denkvorgang" (S. 202) vollziehen. Wenn sich nun aber die juristischen Begriffe gerade nicht durch Eindeutigkeit, Exaktheit und Sicherheit auszeichnen, wäre es konsequent, alle juristischen Begriffe (bis auf Zahlen und Namen) als "Typen" zu bezeichnen²⁾ und damit festzustellen, daß es eine Subsumtion als ein Verfahren wertungsfreien Denkens (S. 202) überhaupt nicht geben kann. Larenz sieht natürlich auch, daß eine so verstandene Subsumtion weit weniger häufig vollzogen werden kann, "als die meisten Juristen annehmen und selbst viele Anhänger der 'Wertungsjurisprudenz' zuzugeben bereit sind" (S. 194); dennoch hält er es offensichtlich für möglich, daß der Gesetzgeber die Merkmale eines Begriffs so auswählen kann, daß "bei der Anwendung des Begriffs die Frage nach dem Vorliegen der Begriffsmerkmale die Wertungsfrage zu vertreten vermag"³⁾. Damit gelangt er zur

1) Larenz, Methodenlehre³, passim

2) Hassemer, Typus, S. 111

3) Larenz, a.a.O., S. 202 unter Hinweis auf Leenen, Typus, S. 97

entscheidenden Feststellung: "Die Subsumtion unter den Begriff ist, wenigstens im 'Idealfall', ein wertungsfreier Denkvorgang".

3.4.2.2. "Zuordnung zum Typus". Dieses Verfahren soll dann erforderlich werden, wenn der Gesetzgeber dadurch einen Lebenssachverhalt geregelt hat, daß er diesen "durch die Bezeichnung eines Typus, die er durch die Angabe als exemplarisch gemeinter Züge oder von Beispielen erläutern" kann, umschrieben hat (S. 202); mithilfe einer solchen Typenbeschreibung muß dann der Richter "beurteilen, ob eine Erscheinung dem Typus zugeordnet werden kann oder nicht" (S. 201). Dabei handelt es sich, anders also als bei der Subsumtion unter einen Begriff, um ein Verfahren wertorientierten Denkens (S. 202), in dem der Richter allerdings dadurch gebunden ist, daß er weder den normativen Realtypus (Beispiel: Tierhalter, Besitzdiener, Haustier) noch den rechtlichen Strukturtypus (Beispiel: Kaufvertrag) ohne den "leitenden Wert Gesichtspunkt" denken kann, "der den Gesetzgeber dazu bewogen hat, an diesen Typus gerade diese Rechtsfolgen zu knüpfen" (S. 201). Daraus folgt als zentrale These: "Die Zuordnung zum Typus ... erfordert daher, diesen leitenden Wert Gesichtspunkt mit in den Blick zu nehmen, da er allein (er allein!) letzten Endes (!) darüber entscheidet", ob die Zuordnung gerechtfertigt ist (S. 202).

3.4.2.3. "Konkretisierung ausfüllungsbedürftiger Wertmaßstäbe" (Beispiel: Treu und Glauben, wichtiger Grund). Hier bleibt dem Beurteiler zwar ein größerer Spielraum als bei der Zuordnung zum Typus; dieser wird aber eingeschränkt durch typologisches Denken, hier durch "die Bildung von Fallgruppen und die Herausarbeitung für sie typischer Elemente" (S. 204).

Zudem seien diese Wertmaßstäbe nicht schlechthin inhaltlos, sondern enthielten jeweils einen spezifischen Rechtsgedanken (S. 203), für dessen Verdeutlichung typologisches Denken dadurch hilfreich sei, als seine "Verdeutlichung an einleuchtenden Beispielen" und seine Konkretisierung durch Bezug auf bestimmte Fälle und Fallgruppen gelingen könnte (S. 277); somit kann man dann wieder "in den meisten Fällen zu einem gesicherten Ergebnis" (S. 279) gelangen. Als zentrale Erkenntnis bleibt: "... jede gelungene (!) Konkretisierung in der Beurteilung eines Einzelfalles (bildet) den Maßstab selbst (!)" fort (S. 278).

3.4.2.4. "Beurteilungsspielraum". In Bereichen, in denen der Richter seine Entscheidung nicht mehr "bis ins letzte" begründen kann, "kann nur noch seine persönliche Überzeugung davon, was hier maßstabgerecht sei, den Ausschlag geben" (S. 278). Dennoch vermag Larenz auch hier Orientierung zu finden, und zwar Orientierung am "geltenden Recht": Da man nämlich zum "geltenden Recht auch die in den richterlichen Entscheidungen enthaltenen Wertungen, soweit sie ihrerseits gerechtfertigt sind", mitzurechnen habe, so sei "auch eine Entscheidung, die im Wege der Fallvergleichung und der Zuordnung zu einem Falltypus gefunden wurde, eine Entscheidung, die aus dem Recht begründet ... (sei). 'Begründen' heißt hier, durch einsichtig zu machende Erwägungen die Entscheidung aus dem geltenden Recht zu rechtfertigen" (S. 279).

Zusammenfassend ergibt sich: Will nun der Richter in einer aktuellen Entscheidungssituation typologisch vorgehen, so kann das in einem Verfahren ablaufen, das einmal - vereinfacht formuliert - auf den "Begriff", zum anderen auf den "Fall" bezogen ist. Erste-

res bedeutet, daß der Richter einen Begriff wie den des Tierhalters (verstanden als "normativen Realtypus") in seiner Typizität erfaßt und seinen aktuellen Sachverhalt diesem Typus dann zuordnet, wenn "die als 'typisch' angesehenen Merkmale in solcher Zahl und Stärke vorhanden sind, daß der Sachverhalt 'im ganzen' dem Erscheinungsbild des Typus entspricht"¹⁾. Dagegen zielt auf den "Fall" bezogenes typologisches Denken darauf ab, daß der Richter in einem Problem-bereich von Fällen ausgeht, "deren Beurteilung ... praktisch unbezweifelt ist", und dann, "indem man sie (scil. die Fälle) in Gedanken variiert", fragt, "welche Umstände ... für die Beurteilung ausschlaggebend sind"²⁾.

Beiden Verfahren sind aber dieselben Schwierigkeiten immanent: 1) Wie gelangt man zum Typus und wie erkennt man den typischen Fall³⁾; und 2) nach welchen Kriterien werden dem Typus neu auftauchende Merkmale bzw. Umstände zugeordnet und wie läuft das vom typischen Fall seinen Ausgang nehmende "reasoning from case to case" ab? Der Hinweis auf diese Schwierigkeiten läßt erkennen, wie enttäuschend das Ergebnis der vorstehenden Bemühungen ist⁴⁾; verweist doch das Problem der Typizität in erster Linie weiter auf das

1) Larenz, a.a.O., S. 201

2) Larenz, a.a.O., S. 278

3) dazu: Leenen, Typus, S. 177

4) Die Frage nach dem Erkenntniswert des Typus als einer Denkform, die es erlaubt, "die Fülle der in ihm beschlossenen Einzelzüge ... in ihrer sinnvollen Verbindung" festzuhalten, da sich in der Fülle dieser Einzelzüge die "Natur der Sache" spiegelt und somit das Denken aus der "Natur der Sache" typologisches Denken ist, muß hier undiskutiert bleiben; vgl. Larenz, Methodenlehre³, S. 456 und Kaufmann, Analogie, S. 37

der Evidenz. Das ist aber dem Juristen nicht neu; er weiß, daß das Abstellen auf eine Typenvorstellung davon abhängt, "daß der Evidenzgehalt dieser Vorstellung für die in Frage stehende Beurteilung nicht umstritten ist"¹⁾. Wann das der Fall sein kann, muß an anderer Stelle geklärt werden, ebenso wie die Frage, wieweit das Reden darüber sinnvoll ist, daß der entscheidende Ansatzpunkt für die Typengewinnung im Gesetz selbst gesucht werden müsse, in erster Linie im Sinnzusammenhang der einzelnen Normen²⁾.

Demgegenüber verweist das Problem der Zuordnung zum "Typus" und zum typischen Fall auf das analogische Denken; denn einem Typus können bestimmte Merkmale allenfalls als ihm ähnlich, als ihm mehr oder weniger entsprechend zugeordnet werden³⁾. Insbesondere Zippelius hat nachzuweisen versucht, daß das typologische Denken die erhoffte Leistung nur durch eine Methode der abwägend vergleichenden Zuordnung⁴⁾ erbringen kann. Dabei geht es um die vergleichende und abwägende Erprobung, ob bestimmte graduelle oder qualitative Abweichungen vom Ausgangstypus (= Vergleichsbasis) erheblich oder unerheblich sind⁵⁾; dafür werden spezifische Falltypen, die einem Rechtsgrundsatz⁶⁾, einer Rechtsnorm oder einem Begriff⁷⁾ zugrundeliegen können, mit dem Typus des problematischen Anwendungsfalles in Beziehung gesetzt und dann vergleichend abgewogen. Dies kann dann zu der Feststellung führen, daß eine Merkmalsdifferenz zwi-

1) Esser, Standards, S. 142

2) Leenen, Typus, S. 179

3) Rode, Gesetzesinterpretation, S. 405

4) Zippelius, Typen, S. 231

5) Zippelius, Methodenlehre, S. 78

6) Zippelius, Problemjurisprudenz, S. 2230

7) Zippelius, Typen, S. 231

schen den verglichenen Typen erheblich oder unerheblich ist¹⁾). Damit verdichtet sich aber die zuordnend vergleichende Methode in der Frage nach der Erheblichkeit oder Unerheblichkeit von Merkmalen in einem Vergleich, für deren Beantwortung sich Zippelius vor die Unvermeidbarkeit einer bloßen Dezision gestellt sieht.

All dies ermöglicht einer Analyse richterlicher Entscheidungen folgende Forschungsrichtungen: angesetzt werden kann und soll wiederum nicht an den Stellen, an denen die Richter "in Wirklichkeit" typologisch vorgehen, obwohl sie meinen (und vorgeben), begrifflich zu operieren; es geht wiederum nur um diejenigen Situationen, an denen sich die Richter tatsächlich (offen) an Typen orientieren. Dabei wird zu fragen sein, woher denn der Typus kommt, d.h. welches das ausmachbare Verfahren ist, mit dem der Richter den Typus gewonnen hat. Daran anschließend ist der Prozeß der Zuordnung daraufhin zu untersuchen, wie er vom Richter tatsächlich gehandhabt wird. Und schließlich könnte man ansetzen an den "Charakteristika typologisch-ganzheitlichen Denkens"; nämlich "Gesamtbetrachtung", "Gewinnung eines ganzheitlichen Bildes" und "Frage der Angemessenheit der Rechtsfolge zur näheren Umgrenzung des Tatbestandes"; dann würde möglicherweise deutlich werden, welchen Nutzen es haben könnte, die Richter auf die Methode typologischer Rechtsfindung zu verweisen.

3.4.3. Bedauerlicherweise soll der Gehalt des institutionellen Rechtsdenkens nur den "in die vielfach orakelhafte Terminologie Eingeweihten", den "Gläubigen", den "charismatisch Berufenen" zugänglich sein²⁾, was daran liegen könnte, daß man sich hier in einem Sammelbecken bewegen muß, in das Gedanken allzu unterschiedlicher ideengeschichtlicher und rechtlicher Tragweite zusammenfließen³⁾. In der Absicht, auf keinen Fall einer "Institutionenmythologie"⁴⁾ zu huldigen, und im Bewußtsein der Gefahr, die Ergiebigkeit der

1) Zippelius, Methodenlehre, S. 81

2) Rüthers, Rechtsdenken, S. 46

3) Westermann, Typengesetzlichkeit, S. 62

4) Noll, Gesetzgebungslehre, S. 116

Institutionenlehre für die Lösung konkreter rechtsdogmatischer Probleme zu überschätzen¹⁾, sollen daher zunächst die in diesem Zusammenhang offenbar bestehenden terminologischen Unklarheiten beseitigt werden.

Eine Möglichkeit dazu könnte der Hinweis auf den Zusammenhang zwischen institutionellem und typologischem Denken bieten: beide Formen werden charakterisiert durch die Hervorhebung einer Struktur bzw. einer Ganzheit²⁾, bei beiden geht es um die Möglichkeit legitimer Rechtsschöpfung und die Schaffung eines Gegengewichts gegen die Ableitung von Rechtssätzen aus abstrakten Allgemeinbegriffen³⁾; außerdem seien sowohl Typus als auch Institution gegenüber dem Gesetz selbständige, vor- oder außerpositive Gebilde⁴⁾. Auch die Zielsetzung ist in beiden Fällen identisch: beide Denkformen finden ihren Ausgangspunkt in dem Bemühen, Entscheidungsalternativen durch "objektive" Elemente einzuschränken, und bedienen sich dazu der Vorstellung einer Struktur und Eigengesetzlichkeit, die durch richterliche Einzelwertung nicht mehr in Frage gestellt werden kann⁵⁾; denn institutionelles Denken will den Richter bei seiner durch Gesetz und methodische Bemühungen nur unzulänglich gebundenen Rechtsprechungstätigkeit auf die Institute verweisen⁶⁾. Obwohl schon in diesen kurzen Äußerungen eine unterschiedliche Verwendung des Institutionsbegriffs deut-

1) Schnur, Institutionen, S. 5

2) Zippelius, Typen, S. 227

3) Westermann, Typengesetzlichkeit, S. 62

4) vgl. Rüthers, Rechtsdenken, S. 34

5) vgl. Esser, Vorverständnis, S. 130

6) Meyer-Ladewig, Justizstaat, S. 106

lich wird, soll auf den Versuch der Gewinnung einer konsensfähigen Definition verzichtet werden; denn Klarheit erscheint bedeutend leichter dadurch erreichbar, daß man - simplifizierend - zwischen einem Bereich primär theoretischer (institutionelle Deutung der Wirklichkeit) und einem primär methodischer Bemühungen unterscheidet. Ersterer setzt sich das Ziel einer Überwindung des Gegensatzes von Naturrecht und Rechtspositivismus: "als Ort, wo jene Überwindung Gestalt zu gewinnen vermag, zeigt sich die Institution"¹⁾ - und ist daher an dieser Stelle ohne Interesse. Die entscheidende Frage stellt sich vielmehr dahin, worum es eigentlich dann geht, wenn institutionelles Rechtsdenken dem Richter konkrete Entscheidungsmaßstäbe an die Hand geben will.

3.4.3.1. Dabei trifft man zunächst auf den Versuch, aus der Natur und (oder) dem Wesen sozialer und rechtlicher Institutionen wie Ehe, Familie, Eigentum, Arbeitsverhältnis oder Gesellschaft rechtliche Regeln und Entscheidungen abzuleiten, wobei hier Institution mit Rüthers (im Anschluß an Gehlen) als ein realer Gesamtkomplex einer gesellschaftlichen Einrichtung²⁾ oder - noch einfacher - als tatsächliche Einrichtung des täglichen Lebens³⁾ definiert werden kann; dann würde die Institution zum Erzeuger neuer normativer Entscheidungen⁴⁾, nach deren Maßgabe sich der Inhalt der Rechtsregeln bestimmt⁵⁾. Soll aber die Natur der sozialen und geistigen Gestaltungen und

1) Calliess, Institution, S. 13

2) Rüthers, Rechtsdenken, S. 38

3) Meyer-Ladewig, Justizstaat, S. 102

4) vgl. Rüthers, Auslegung, S. 291

5) vgl. Dubischar, Grundbegriffe, S. 55

ihr ethischer Gehalt als Richtmaß für Normierung und Rechtsanwendung fungieren, werden also aus dem inneren Wesensgesetz der Institution Sachzwänge für ihre rechtliche Ausgestaltung erschlossen, so wird offensichtlich: die Lehre von der Institution in diesem Sinne ist identisch mit der - an anderer Stelle zu diskutierenden - Lehre von der Natur der Sache¹⁾. Ihr müßte es gelingen, aus der Vielzahl von sozialen Institutionen des täglichen Lebens oder aus geistig-ethischen Erscheinungsformen konkrete Rechtssätze abzuleiten²⁾; das aber ist deshalb so ungemein schwierig, als aus der Natur einer Sache (oder Institution) kaum mehr als ihre Natur folgen kann.

3.4.3.2. Die neueren methodischen Anschauungen wollen das institutionelle Rechtsdenken durch ein gewandeltes Verständnis des Institutionsbegriffs fruchtbar machen³⁾. In nur loser Anknüpfung an seinen überkommenden Gehalt sind Ausgangspunkt nunmehr ausschließlich die Institute bzw. die Rechtsinstitute im Sinne bestimmter Rechtseinrichtungen, denen im "Sinnzusammenhang des Rechts" bestimmte Ordnungsfunktionen zugewiesen sind⁴⁾; sie werden also verstanden als die in Rechtseinrichtungen konkretisierten und dem Sinn- und Funktionszusammenhang dieser Einrichtung entsprechend zu Ende gedachten gesetzlichen Ordnungsentwürfen⁵⁾ bzw. als im Gesetz oder über das Gesetz

1) Coing, Rechtsphilosophie, S. 184; Larenz, Methodenlehre²⁾, S. 389; Dreier, Natur der Sache, S. 61

2) Meyer-Ladewig, Justizstaat, S. 101

3) Meyer-Ladewig, a.a.O., S. 103

4) Knopp, Institutionenschutz, S. 389

5) Knopp, a.a.O., S. 390 (wobei an dieser Stelle unerheblich ist, wieweit dabei tatsächlich etwas nur zu Ende gedacht wird)

hinaus entwickelte und in Rechtsprechung und Doktrin verfestigte Rechtsgedanken, die in einem Sinnzusammenhang der Rechtsordnung stehen¹⁾, und für die als Beispiele die Geschäftsgrundlage²⁾, der verlängerte Eigentumsvorbehalt, die Gewährleistungsrechte, die Ermächtigung u.a.m. angeführt werden können. Die Entwicklungsgeschichte eines solchen Instituts ist von Esser³⁾ beschrieben worden als "gemeinsames Werk der praktischen Jurisprudenz und Lehre, die einander vorantreiben oder hemmen, Formulierungen abgrenzen oder wieder sprengen, indem sie abwechselnd Kasuistik, Gesetzestreue und Doktrinen zur Integrierung eines 'Gedankens', eines 'Prinzips' oder eines 'Grundbegriffes' benutzen, als deren 'Erscheinungsformen' dann die einzelnen Regeln dargestellt werden"⁴⁾; gesteuert werden soll ein solcher Prozeß von der dem Institut zukommenden Ordnungsfunktion, die eine so große Anzahl sachbedingter Folgerungen in sich berge, daß Esser feststellen zu können glaubt: "... alles ist durch die Aufgabe einer Institution vorgezeichnet"⁵⁾. Dieselben Probleme, die sich bei diesem Denken aus der Funktion, dem Zweck oder aus der Aufgabe eines Instituts einstellen, tauchen nun aber auch bei dem Rekurs auf den Zweck einer Rechtsnorm auf. Dieser Umstand ermöglicht es, sämtliche immanente Schwierigkeiten bei der Kategorie "Zweck des Gesetzes" abzuhandeln; bei der Analyse der Entscheidungen wurden zu wenige Rückgriffe auf den Zweck einer Institution ermittelt, als daß es in diesem Zusammenhang möglich wäre, gesicherte generalisierende Aussagen zu machen.

1) Soergel-Reimer Schmidt, Einl. BGB, Bem. 124

2) Esser, Grundsatz und Norm, S. 322

3) Esser verwendet die Begriffe "Institution" und "Institut" bzw. "Rechtsinstitut" synonym

4) Esser, Grundsatz und Norm, S. 321

5) ders., a.a.O., S. 105

3.4.3.3. Als weitere Möglichkeit der Einschränkung von Entscheidungsspielräumen werden an ganz zentraler Stelle die jeweils auf ein Institut bezogenen Konsistenzanforderungen diskutiert, unter denen ein (institutioneller) Verfestigungsprozeß erst sinnvoll ablaufen kann. Dieses Erfordernis wird immer wieder erkennbar in der traditionellen rechtsdogmatischen Vorstellung vom Institut als einem organischen Gefüge von rechtlichen Vorschriften bzw. als einem Normenkomplex, dessen innerer Zusammenhang als Rechtsquelle in Anspruch genommen wird¹⁾. Das spiegelt sich auch in der schon klassisch gewordenen Definition von Enneccerus-Nipperdey wider: "Als Rechtsinstitut bezeichnet man den Inbegriff der auf die Rechtsverhältnisse einer bestimmten Art bezüglichen Rechtsvorschriften. Diese Vorschriften geben somit ein Bild des Gemeinsamen in allen Rechtsverhältnissen dieser Art, eine sie alle bestimmende Grundform"²⁾. Auftauchen kann dieses Konsistenzanforderung aber nicht nur innerhalb eines bestimmten Instituts, sondern auch im Hinblick auf den Zusammenhang und das Zusammenspiel der Vielzahl von Instituten innerhalb der "Rechtsordnung als Ganzer". Insgesamt verweist damit die vorliegende Problematik auf die Möglichkeit und Leistungsfähigkeit rechtlichen Systemdenkens überhaupt ("nicht die Begriffe, sondern die Institutionen bilden das System"³⁾) und soll daher auch in diesem Zusammenhang weiterverfolgt werden.

3.4.3.4. Damit kann der "Kernfrage"⁴⁾ des institutionellen Denkens nach der Bindungswirkung der

1) Luhmann, Rechtssoziologie, S. 65

2) Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil, S. 428

3) Esser, Grundsatz und Norm, S. 324

4) Meyer-Ladewig, Justizstaat, S. 107 ff

(durch Judikatur und Doktrin geschaffenen) Institute nachgegangen werden; es geht dabei darum, ob zum "eisernen Bestand" unserer Rechtsordnung gehörende Institute im Zeitpunkt der Entscheidungen der Rechtsprechung vorgegeben sind und damit im Grundsätzlichen nicht mehr in Frage gestellt werden können¹⁾. Das läßt sich besonders am Institut der Sicherungsübereignung anschaulich machen: Trotz der weit verbreiteten Meinung, daß dann, wenn die an diesem Institutionalisierungsprozeß Beteiligten den Weg, auf dem sich die Sicherungsrechte ohne Publizität entwickelt haben, heute noch einmal gehen könnten, es sicherlich zu einer wesentlichen Einschränkung der Sicherungsrechte ohne Publizität kommen würde (was ja auch dem Willen des historischen Gesetzgebers voll entsprochen hätte), so ist doch die Sicherungsübereignung durch die jahrzehntelange Anerkennung so fest in der Rechtsordnung verankert, daß deren nunmehrige Verwerfung durch die Rechtsprechung zu einer untragbaren Störung des Rechtslebens führen müßte²⁾. Ohne der Frage nachzugehen, ob es statthaft ist, "Menschen, die durch Rechtsgeschäfte füreinander Rechte und Pflichten herstellen und Gerichte, die diese zu erkennen haben, unter den unbestimmten Ausdruck 'Rechtsleben' zusammenzufassen"³⁾, so kann mit hoher Plausibilität behauptet werden, daß ein solcher Schritt das Funktionieren bestimmter Bereiche der privatrechtlichen Beziehungen derart beeinträchtigen würden, daß nur der Gesetzgeber mit dem ihm verfügbaren Instrumentarium (wie z.B. der Übergangsvorschriften) einen solchen Eingriff vollziehen könnte⁴⁾. Im Ergebnis wird aus diesem kurzen

1) Flume, Eigentumsvorbehalt, S. 913, 914

2) Zum ganzen: Flume, a.a.O.

3) Wolf, Allgemeiner Teil, S. 22

4) Flume, Eigentumsvorbehalt, S. 914

Problemanriß aber bereits deutlich, daß auch dieser vierte Aspekt institutionellen Rechtsdenkens keinerlei auf das Rechtsinstitut beschränkte Erkenntnisse und Probleme erbringt - es darf an dieser Stelle auf die Kategorie "Bewährte Lehre und Überlieferung" verwiesen werden. Damit fällt die Analyse dieser Form des Rechtsdenkens insgesamt enttäuschend aus: es wird daher nicht explizit weiter verfolgt werden.

3.5. FOLGENERWÄGUNGEN

Zur Diskussion stehen nunmehr die wichtigste Leistung der heutigen Methodenlehre¹⁾, das Beste an juristischer Kunst und Überzeugungskraft²⁾, die "vielleicht ... einzig rationale Methode oder doch wenigstens rationale Anknüpfung richterlicher Überzeugungsbildung jenseits der schulmäßigen Methoden des Rechtsfindungsvorgangs"³⁾, die "nicht wegzudenkenden Elemente auch der rechtsdogmatischen Reflexion"⁴⁾, die Selbstverständlichkeit: für die Praktiker, die vernünftige Richtlinie für den Interpreten, der Bezugspunkt für die Beurteilung juristischer Konstruktionen, dogmatischer Figuren und den Rechtsvergleich, das Einfallstor für die Sozialwissenschaft⁵⁾: es geht um die These, daß Rechtsentscheidungen im Hinblick auf ihre Folgen getroffen werden sollen oder - anders formuliert - daß das Abstellen auf die Folgen einer Entscheidung in der sozialen Wirklichkeit erst eine

1) Adomeit, Methodenlehre, S. 179

2) Luhmann, Rechtsdogmatik, S. 31

3) Esser, Vorverständnis, S. 154

4) Dubischar, Vorstudium, S. 156

5) Luhmann, Rechtsdogmatik, S. 31; Schwerdtner, Kritischer Rationalismus, S. 241; Larenz, Jurisprudenz, S. 454

rationale Auswahl aus denkbaren Entscheidungsvarianten ermögliche, ja daß Analyse und Berücksichtigung von Entscheidungsfolgen richterliches Handeln einschränken und dadurch disziplinieren könne. So bestand auf dem Weltkongreß für Rechts- und Sozialphilosophie 1971 für das Thema der juristischen Argumentation breite Einigkeit über die Folgenanalyse in ihrem Stellenwert als Determinante des richterlichen Entscheidungsprozesses. Als Belege dafür mögen die Ausführungen Rinaldis (Australian National University) und Vargas (Institut des sciences juridiques et politiques de l'Académie des Sciences de Hongrie, Budapest) gelten: "Decisions are made by reference to ... the foreseeable consequences of the decisions"¹⁾ und: "parmi les procédés d'argumentation possibles le choix des arguments rélevants et forts, celui des modes d'interprétation adéquats et celui des acceptions socialement 'authentiques' sont influencés ... en premier lieu par la conséquence sociale mentalement anticipée de cette acte ..." ²⁾.

Der Umstand, daß die richterlichen Entscheidungen (für bestimmte Bereiche) als "Lösungsvorschläge für soziale Konflikte auf Grund einer antizipierten Folgenberücksichtigung"³⁾ definiert werden, beweist ebenso wie die Auffassung von der Folgendiskussion als normaler und durchgehender Eigenart richterlicher Praxis, ja als Erfordernis normativen Entscheidens schlechthin⁴⁾, die ganz außerordentliche Bedeutung dieser richterlichen Folgenerwägungen. Die für die vorliegende Abhandlung entscheidende Frage, welche

1) Rinaldi, Analogy, S. 372

2) Vargas, Raisonement, S. 184

3) Kilian, Juristische Entscheidung, S. 8

4) Luhmann, Rechtstheorie, S. 266 über Esser

Schwierigkeiten die Richter bei Einsatz von Folgenerwägungen bewältigen müssen, kann allerdings zunächst nicht sinnvoll gestellt werden, bevor nicht geklärt ist, worum es bei diesen Erwägungen überhaupt geht. Gelingen könnte der Einstieg in die allgemeine Problematik mit folgenden fünf Thesen: Richter haben sich schon immer ganz entscheidend von Folgenberücksichtigungen leiten lassen; Richter sollten sich auch ganz entscheidend von Folgenberücksichtigungen leiten lassen; Richter dürfen sich aber gar nicht von Folgenberücksichtigungen leiten lassen; Richter müssen sich aber ganz entscheidend von Folgenberücksichtigungen leiten lassen; Richter können sich aber gar nicht von Folgenerwägungen leiten lassen.

3.5.1. These 1 kann zunächst mit einem kleinen Beispiel belegt werden, das die Brisanz der Folgendiskussion nachdrücklich vor Augen führt; das OLG Hamburg¹⁾ hatte über die Höhe eines Schmerzensgeldanspruchs zu entscheiden und führte dabei über die Grundsätze der Bemessung unter anderem aus: Der Gesichtspunkt der Billigkeit erfordere aber auch, daß das allgemeine Schmerzensgeldniveau nicht eine Höhe erreiche, die zwangsläufig zu einer wesentlichen, über die Geldentwertung und erhöhte Unfallquoten hinausgehende Steigerung der Haftpflichtversicherungsprämien führen müßte. Dies hätte nämlich zur Folge, daß ein großer Teil der Bevölkerung auf die Benutzung von Kraftfahrzeugen verzichten müßte, weil er die finanziellen Mittel für die Zahlung der Versicherungsprämie dann nicht mehr aufbringen könnte.

Ist hier der vom Gericht hergestellte Zusammenhang von Schmerzensgeldbemessung und Versicherungsprämie nicht neu²⁾, so assoziiert man doch angesichts der

1) JZ 1974, S. 417 m. Anm. Struck

2) Zuletzt dazu, Großfeld, Haftpflichtversicherung, S. 696

volkswirtschaftlichen Bedeutung des Wohlergehens der Automobilindustrie den bekannten Topos: Jeder 7. Bundesbürger lebt vom Automobilbau! Vor diesem Hintergrund kann man dann die Folgenerwägungen des Gerichts so auf die Spitze treiben, daß im Zusammenhang mit einer doch recht belanglosen Frage die materiellen Lebensbedingungen eines hochindustrialisierten Staates von Richtern an einem Oberlandesgericht zur Grundlage einer Entscheidung gemacht werden (es ging in der Entscheidung um die monatliche Rente einer im Gesicht entstellten älteren Frau; das Gericht hielt einen Betrag von 40,- DM pro Monat für angemessen).

Auch das Reichsgericht begann mit Folgenerwägungen bereits im 2. Band (1880) seiner Entscheidungssammlung: es sei ersichtlich, daß die Unterlassung der gesetzlichen Regelung "in der Überzeugung erfolgt ist, daß es geratener sei, eine allmähliche Entwicklung der Normen ... der Rechtsprechung zu überlassen, welche diese schwierige Aufgabe am zuverlässigsten lösen könne wegen der successiven Anregung durch die vielen einzelnen zur Aburteilung gelangenden Streitfälle, die zugleich als Probe der praktischen Konsequenzen jedes festzustellenden Grundsatzes dienen würden"¹⁾. Später konnte das Reichsgericht dann feststellen, daß es zulässig und geboten sei, "bei der Auslegung des Gesetzestextes die praktischen Rücksichten im Auge zu behalten ...; denn ein allgemeiner Grundsatz der Auslegung ist auch, daß im Zweifel der Gesetzgeber eine nützliche, nicht eine schädliche hat aufstellen wollen"²⁾. Damit ist gleichzeitig das wenig überzeugende methodische Verfahren beschrieben, aus den Folgen einer Entscheidung zu beweisen, daß diese Alternative nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen könne³⁾.

1) RGZ 2,97,98

2) RGZ 74 (1911), 69,72

3) Esser, Grundsatz und Norm, S. 177

Darüber hinaus konnte durch die Analyse eines zufällig herausgegriffenen Bandes der amtlichen Entscheidungssammlung des BGH in Zivilsachen (des 57.) der Einfluß von Folgenerwägungen in 21 von den dort abgedruckten 54 Entscheidungen direkt nachgewiesen werden, und auch in den restlichen Entscheidungen wurden an den Punkten unmittelbar Hinweise auf positive oder negative Folgen gefunden, an denen die Richter auf Sinn und Zweck, Gesetzeszweck, natürliche Betrachtungsweise, öffentliches Interesse u.s.w. abstellten¹⁾. Ebenso hat Lautmann in seiner teilnehmenden Beobachtung das Faktum einer breiten Folgenberücksichtigung nachgewiesen und dafür eine Reihe von Motiven aufgezeigt²⁾; danach rekurrieren Richter auf Folgen: um eine bereits bezogene Haltung zu bestätigen (Beispielszitat: Außerdem ist sowieso alles vorbei, der Beklagte ist pleite); um einen Prozeß schneller beenden zu können (Zitat: Das Urteil ist sowieso nicht vollstreckbar); um formelle Kritik des Unterlegenen, also Rechtsmittel, zu vermeiden (Warnung des Vorsitzenden: Sie handeln sich ein Ablehnungsgesuch von der anderen Seite ein); um den Prozeßsieger nicht leerlaufen zu lassen (Zitat: sonst wäre das Urteil für den Kläger ja nutzlos); zuletzt um die Segregation von Devianten - Entmündigten oder Trinkern - lückenlos zu besorgen (Zitat: Und was geschieht, wenn er herauskommt). Auch die für diese Abhandlung vorgenommene Urteilsanalyse zeigt eindeutig: die Folgendiskussion ist eine normale und durchgehende Eigenart richterlicher Praxis.

3.5.2. Die Anhänger von These 2 erkennen zunächst mit Bedauern, daß Richter dennoch in weiten Bereichen auf anderer Grundlage als auf Folgenerwägungen ihre

1) Kilian, Juristische Entscheidung, S. 212 ff

2) Lautmann, Justiz, Kap. 4.6. "Ausblendung von Konsequenzen des Urteils"

Entscheidungen treffen; sie sind erschüttert von einem Erlebnis wie diesem, daß vor einer Entscheidung ein Vorsitzender Richter auf einen Hinweis, der Beklagte könnte nach dem Urteil ruiniert sein, lediglich die Achseln zuckt¹⁾. Sie sehen weiter darin die Herrschaft "unreflektierter Mentalitäten"²⁾ oder auch die "richterliche Verblendung" überhaupt - Rottleuthner formuliert äußerst effektiv: "Die Ausblendung der Urteilstkonsequenzen ist die richterliche Verblendung"³⁾. Zeigt Lautmann sich auch bestürzt über die Kälte, mit der viele Richter sich über sie nicht berührende Sozialprobleme hinwegsetzen⁴⁾, so bringt er doch für deren Ursachen ein gewisses Verständnis auf; denn die Justiz sei ja nur eine Instanz gesellschaftlicher Konfliktsschlichtung und sozialer Kontrolle und könne diese Aufgabe insofern nur wenig effektiv erfüllen, als sie die Ausführung ihrer Urteile nicht in eigenen Händen habe; von daher sei dann auch die richterliche Resignation im Hinblick darauf nicht verwunderlich, daß sie nicht in der Lage seien, mit dem Urteil "etwas Neues" bewirken zu können⁵⁾. Hinzu komme noch der Zwang zum arbeitssparenden Vorgehen. Das Entscheidende sei aber: In der Akzeptierung der Folgenausblendung bemerkt die Justiz nicht, "daß sie damit vom Herrschaftsprozess (?) in Dienst genommen ist". Denn "wer den Richter ... den (!) herrschenden Interessen dienstbarmachen will, der muß darauf achten, daß die Richter die (!) soziale (!) und politische (!) Moral (!) zugunsten des positiven Rechts vernachlässigen"⁶⁾. Das würde sich

1) Lautmann, Justiz, S. 75

2) Koch, Analyse, S. 105

3) Rottleuthner, Richterliches Handeln, S. 154

4) Lautmann, Justiz, S. 75

5) Lautmann, a.a.O., S. 76

6) Lautmann, a.a.O., S. 77

aber ändern, wenn - anstatt allein auf Geschehenes zu reagieren - Sozialbeziehungen geplant würden: "Gerichtsurteile erhielten den Charakter von Prognosen, die sich in Zukunft zu bewähren hätten"¹⁾.

3.5.3. Unter These 3 - "dürfen aber gar nicht" - werden die Gefahren, die Folgenerwägungen mit sich bringen, immer wieder intensiv beschworen. Gefragt wird, ob nicht dann, wenn man vom Richter verlange, in offener Verantwortung die sozialen und politischen Implikationen ihrer Lösungsvorschläge zu bewerten, die Gefahr gegeben sei, daß sie - um der Subjektivität zu entgehen - sich in Ideologien flüchteten, wodurch der Rechtsstreit leicht zum Kampf um die richtige Weltanschauung denaturieren könnte²⁾. Auch Juristen, die die Unentbehrlichkeit der Ergebnisbeurteilung erkannt haben und dies auch grundsätzlich begrüßen, weil dadurch die "Rechtsvernunft" wieder in den Blick kommen könne, haben ebenso die Bedenken, daß der rechtsanwendende Jurist Dezierungen des Gesetzgebers übersieht oder bewußt überspielt und damit die Prärogative der rechtsetzenden Gewalt mißachtet, dies aber gleichzeitig zu verschleiern in der Lage ist³⁾. Diese Auffassung ist am umfassendsten von Friedrich Müller diskutiert und in seine methodische Konzeption eingebaut worden⁴⁾. Danach betreten Richter beim Anstellen von Folgenerwägungen den Bereich des nicht tragfähigen, weil nicht normativ geschützten "rechtspolitischen Raisonnierens"; es walte dort eine "rührende Fürsorge" für die Mit-

1) Lautmann, a.a.O., S. 76

2) Diskussionsbeitrag Ehmann bei: Böhm, Dogmatik, S. 270

3) Kriele, Rechtsgewinnung, S. 47

4) Müller, Methodik, insbes. 326.1 und Fallanalysen, S. 31 ff und 69 ff

glieder der Rechtsgemeinschaft¹⁾, die umso unvertretbarer sei, je mehr die sichernden Differenzierungen "rationaler Methodik" letztlich dadurch doch vom subjektiven rechtspolitischen Argumentieren unterlaufen würden. Insbesondere dann, wenn "das Abwägen von Konsequenzen"²⁾ als methodisches Verfahren der "Normkonkretisierung" ausgegeben und dann "an die Stelle einer nach optimaler (!) Rationalität strebenden Tatbestandsabgrenzung, Interpretation und einer sich methodisch ausweisenden Konkretisierung" gesetzt werde, dann sei "die Richtung weg von der normorientierten und hin auf eine politische 'zukunftsorientierte' Arbeitsweise im Sinn einer 'geschichtsteleologischen Methode' eingeschlagen"³⁾. Auf diesen Grundlagen hat Müller zwei Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts⁴⁾ und des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes⁵⁾ kritisiert, in denen es um die ganz unpolitische Frage ging, ob Streitigkeiten über Fernmeldegebühren vor die Zivil- oder die Verwaltungsgerichte gehören. Vor dem Hintergrund des § 9 FAG, der den Rechtsweg "vor den ordentlichen Gerichten" eröffnet, hatte das Bundesverwaltungsgericht nach Durchspielen des grammatischen, systematischen, historischen und teleologischen Auslegungselements mit der Folgenerwägung entschieden: Die Eröffnung des ordentlichen Rechtswegs würde nur zu einer unerwünschten Rechtszersplitterung führen, weil Einwendungen gegen Fernsprechgebühren vor den Zivilgerichten, gegen die Sperrung eines Fernsprechanschlusses wegen Nichtentrichtung der Fernsprech-

1) Müller, Fallanalysen, S. 70

2) Müller, Methodik, S. 178

3) Müller, a.a.O., S. 179

4) BVerwGE 29,133

5) BVerwGE 37,369 = BGHZ 56,395

gebühren aber vor den Verwaltungsgerichten geltend gemacht werden müßten¹⁾. Demgegenüber kam der Gemeinsame Senat zu einem entgegengesetzten Ergebnis; nach Durchspielen des grammatischen, systematischen, historischen und teleologischen Auslegungselements entschied er sich für das grammatische Element mit der Folgenerwägung:

Ein Abweichen von einem "sprachlich eindeutigen Wortlaut" sei für den "Rechtsuchenden" deshalb unzumutbar, weil dieser sich andernfalls anhand der Entstehungsgeschichte der verschiedenen Zuweisungsgesetze das subjektive Ziel des historischen Gesetzgebers mühsam erarbeiten müßte. Den Rechtswegzuweisungen komme vorwiegend nur eine Ordnungsfunktion zu; gerade bei ihnen müsse "der Rechtsuchenden auf den Wortlaut von Zuständigkeitsregelungen vertrauen dürfen"²⁾. Müller hält beide Entscheidungen unter den Gesichtspunkten rechtsstaatlicher Methodik³⁾ für bedenklich, ja für unvertretbar, weil methodisch unhaltbar; denn diese rechtspolitischen Überlegungen hätten wie immer keinen "normbezogenen Charakter" und erwiesen sich wegen der Möglichkeit, das Ergebnis allein mit der systematisch-grammatischen Auslegung und den normbezogen - dogmatischen Elementen zu finden, als irrelevant⁴⁾.

3.5.4. Für These 4 hat Podlech⁵⁾ auf der Grundlage der Erkenntnis, daß richterliches Handeln in den Situationen der "Konkretisierung" (S. 189), der "Kon-

1) vgl. bei Müller, Fallanalysen, S. 27

2) Müller, a.a.O., S. 69

3) Eine Zusammenfassung dessen, was Müller unter den Gesichtspunkten rechtsstaatlicher Methodik versteht, findet sich in: Fallanalysen, S. 8-21

4) Müller, Fallanalysen, S. 78,77

5) Podlech, Wertungen, S. 185 ff (auch an dieser Stelle erfolgt eine Beschränkung auf die juristische Literatur; der Utilitarismus bleibt undiskutiert)

struktion" (S. 192) und des "Wertens" (S. 194) eine als "Wertung" zu bezeichnende Operation verlangt¹⁾, folgenden Nachweis zu erbringen versucht: soll der Vorgang richterlicher Wertung nicht nach dem Prinzip intuitiver Zufälligkeit verlaufen, so scheint es keine andere Möglichkeit für "intersubjektiv überprüfbare" und "relativ weltanschauungsinvariante" Begründungen für Wertungen zu geben als diejenige, im Sinne der Theorie der Präferenzen (und seines Entdeckers Aristoteles) davon auszugehen, daß bei Uneinigkeit über Wertungen gerjenigen der Vorzug gebühre, "deren negative Folgen deringer ... (seien)". Dem auf der Hand liegenden Einwand, durch diese Problemverschiebung sei überhaupt nichts gewonnen, da ja eben die Folgen selbst unter Wertungsgesichtspunkten diskutiert werden müßten, begegnet Podlech mit der Überlegung, daß dies zwar für eine Systematik der Werttheorie richtig sei, nicht aber für die richterlichen Wertungen zuzutreffen brauche; die Plausibilität dafür gewinnt er am Beispiel der Sittenwidrigkeit der entgeltlichen Veräußerung einer Anwaltspraxis, über deren Zulässigkeit sowohl Reichsgericht als auch Bundesgerichtshof zu entscheiden hatten (unter dem Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit i.S. des § 138 BGB). Podlech weist nun nach, daß es hier wenig hilfreich sei, allein auf Sittenwidrigkeit und Anstößigkeit abzustellen oder daran zu appellieren: Ein Anwalt arbeitet doch nicht für Geld! Vielmehr könne die Rationalität der hier erforderlichen Wertung nur durch die Aufstellung einer "reduzierten (= auf Folgen

1) Für Podlech stellt die Konkretisierung vager Ausdrücke keine "Wertung" dar, obwohl s.E. dieser Operationsbereich nicht "wertungsfrei" ist; diese Unterscheidung bedarf hier keines weiteren Nachgehens; vgl. insb. Podlech, Logische Anforderungen, S. 109

rekurrierenden) Vorzugsregel" erreicht werden, wonach in der Formulierung Podlechs "ein rechtlich geordneter Gesellschaftszustand, in dem sich kein Anwalt finanziell in der Lage befindet, Aufträge von Mandanten auch dann annehmen oder fortführen zu müssen, wenn er die Verfolgung der betreffenden Rechtssache für aussichtslos hält, ... einem Gesellschaftszustand vorzuziehen (ist), in dem sich einige Anwälte in einer solchen Lage befinden" (S. 198). Die so vorgenommene Problemverschiebung aus dem Bereich der Standespflichten in den der Ordnung der Rechtspflege ist zutreffend als "Trick" beschrieben worden, der darin besteht, daß den materialen Werten subjektive Präferenzen zugeordnet werden und anschließend nur noch auf "die Zuordnungsergebnisse, nicht aber die Ausgangswerte als 'Werte'" abgestellt wird. Durch dieses methodische Verfahren sei dann eine "Rationalitätsstufe" erreicht, "die eine intersubjektive Diskutierbarkeit in Kenntnis, aber ohne Anerkenntnisverpflichtung der jeweiligen Prämissen ermöglicht"¹⁾.

Dieses Verfahren der Reduktion (also des Rückgangs auf die Folgen einer Wertung) steht aber vor drei grundsätzlichen Schwierigkeiten: zunächst vor derjenigen - hier nicht interessierenden -, daß es Bereiche geben wird, in denen eine Reduktion überhaupt nicht möglich ist.

Hinzu kommt die bereits aufgezeigte Notwendigkeit, daß die ermittelten Folgen als positive oder negative, wünschbare oder abzulehnende, hinnehmbare oder unerträgliche bewertet werden müssen. Die Lösung dieses Problems sieht Podlech in der durch die Aufstellung der reduzierten Vorzugsregel erreichten Steigerung von Konsens Chancen; eine These, die Podlech

1) Kilian, Juristische Entscheidung, S. 106,107

zwar nicht weiter systematisch abklärt, aber doch damit begründet, daß eine von ihm durchgeführte Analyse von Gleichheitsentscheidungen der höchsten deutschen Gerichte ergeben habe, "daß zur Diskussion dieser Entscheidungen kaum problematische, d.h. dissensbedrohte Wertprämissen benötigt" würden und insofern die Maßnahme des Abbruchs selten zu Problemen führe¹⁾.

Die weitere fundamentale Problematik, die sich daraus ergibt, daß Folgen auf zukünftige gesellschaftliche Gegebenheiten hinweisen und sich von daher die Notwendigkeit ergibt, die Frage der Feststellung möglicher Folgen überhaupt und der Wahrscheinlichkeit ihres tatsächlichen Eintritts zu bewältigen, führt über zur nächsten These. Zuvor soll aber die Podlech'sche Aussage in verschärfter Formulierung noch einmal festgehalten werden: "in dem Raum von Freirechtlichkeit, der durch konditionale Programme nicht abgedeckt ist, (kann) Entscheidungsfindung nur über die Diskussion von Zwecken und Folgen geschehen ..., wenn nicht die ganz subjektiven, weithin ideologischen, von der sozialen Herkunft bestimmten Wertungen des jeweiligen Entscheiders ungeprüft Eingang finden sollen"²⁾.

3.5.5. These 5, wonach der richterliche Entscheider überhaupt nicht in der Lage sei, Folgen und Wirkungsverkettungen "mit den Begriffsfühlern einer juristischen Dogmatik angemessen und verantwortbar zu erfassen"³⁾ und wonach es auch ganz unverantwortlich sei, dem Richter die Berücksichtigung der situationsbedingten Folgen seiner Entscheidung aufzugeben - denn

1) Podlech, Recht und Mora], S. 139

2) Schlinck, Juristische Entscheidungen, S. 342

3) Luhmann, Rechtstheorie, S. 266

er müßte dann "ganz andere Informationen in den Entscheidungsgang aufnehmen, ... er (müßte) einen ganz anderen Arbeits- und Prüfstil entwickeln, Voraussagen, Wahrscheinlichkeitserwägungen, Wirtschaftlichkeitsberechnungen und Nebenfolgenbewertungen durchführen"¹⁾ - , ist von Luhmann außerordentlich

verschärft worden. Danach sind Realfolgen in der sozialen Wirklichkeit weder vorhersehbar noch abschätzbar; es gebe nichts Unsichereres als Prognosen. "Selbst darauf spezialisierte Organisationseinheiten finden sich typisch in Situationen, in denen das Eintreffen des Gegenteils wahrscheinlicher ist als das Eintreffen des Erwarteten und des Gewünschten". Die komplexen Verflechtungen von Folgen und all ihren Nebenfolgen, den Folgesfolgen und den Nebenfolgesfolgen, den Folgesfolgesfolgen und den unzähligen "Schwelleneffekten aggregierter Folgen" seien selbst für darauf spezialisierte Disziplinen wie z.B. Ökonomie und Soziologie weder ab- noch einschätzbar²⁾. Der Richter aber müsse in einer solchen Situation zu einem ganz unberechenbaren Element werden, "und dies um so mehr, je rationaler er verfahren würde"³⁾.

3.5.6. Spätestens an dieser Stelle dürfte aber deutlich geworden sein, daß noch völlige Unklarheit darüber besteht, was das denn für Folgen sind, von denen bisher die Rede ist; gänzlich unbekannt ist ebenfalls noch, in welcher Art und Weise die Richter tatsächlich verfahren, wenn sie sich ihre Entschei-

1) Luhmann, Funktionale Methode, S. 4

2) ders., Rechtsdogmatik, insbes. S. 35

3) ders., Funktionale Methode, S. 4

dungsnorm mithilfe von Folgenerwägungen schaffen. Beiden Fragen wird die Urteilsanalyse sorgfältig nachgehen müssen.

In diesem Zusammenhang geht es zunächst allein um die nunmehr festgestellten - exemplarisch an den "Realfolgen in der gesellschaftlichen Umwelt" (Luhmann) diskutierbaren - Problembereiche, daß Folgen also abgeschätzt (Stichwort: "Validität der Prognose"¹⁾) und daran anschließend als erwünscht oder unerwünscht bewertet werden müssen.

3.5.6.1. Lösungsvorschläge für die Problematik der Möglichkeit der Erfassung komplexer Wirkungsverkettungen können zunächst an zwei Ansätzen diskutiert werden, deren Hoffnung sich auf den Einsatz datenverarbeitender Systems richtet.

3.5.6.1.1. Mit dem Ziel, die (normative ökonomische) Entscheidungstheorie²⁾ als juristische Methodologie anzubieten, unternimmt Kilian den Versuch, Folgen und Zielaspekte der richterlichen Entscheidung konsequent in eine Methodik des Entscheidungsprozesses einzubauen. Dabei eröffnet ihm die Entscheidungstheorie die Möglichkeit der Strukturierung von Entscheidungen mit dem Vorteil, die Entscheidungsteilakte als Aufeinanderfolge genau definierter, informationsverarbeitender Schritte zu analysieren, darzustellen, zu begründen, zu diskutieren, nachzuprüfen und zu ändern (S. 117); bei diesen Phasen, die das Entscheidungssubjekt für jede - wie auch immer geartete - Entscheidung durchlaufen muß, handelt es sich um: Suche nach Entscheidungsalternativen; Analyse der Ausgangssituation; Gewinnung von Informationen über Konsequenzen der Entscheidungsalternativen;

1) Sambuc, Folgenerwägungen, S. 139

2) Kilian, Juristische Entscheidung, S. 158 ff

Auswahl einer Alternative; Entscheidung (S. 166). Von Kilian darauf hingewiesen, daß "manche der heute verwendeten methodisch-juristischen Faustregeln ... angesichts der noch ungenutzten Möglichkeiten der modernen Informationstechnologie mit den Bemühungen im mittelalterlichen Recht vergleichbar (sind), Irrationalitäten durch Festlegung der Zeugenanzahl oder durch vorweggenommene Deutungen zu beschränken", soll den von Kilian für die 3. Teilphase (Informationen über die Folgen von Entscheidungsalternativen; S. 263) aufgezeigten Einsatzmöglichkeiten für EDV nachgegangen werden.

Danach könnte eine Computerunterstützung wirksam werden bei der Aufzählung der Menge der in Betracht kommenden Folgen, bei der Analyse des Vorliegens bestimmter Eigenschaften von Folgen, für Hinweise auf bereits bekannte Informationen über Eigenschaften von Folgen oder für den Test des Einflusses hypothetisch angenommener Folgen auf die Alternativenwahl (S. 263). Diese Vorschläge können allerdings die hier zu diskutierende Schwierigkeit gar nicht treffen; denn sie liegt ja gerade nicht in dem Informationsproblem (Aufzählung der Menge möglicher Folgen), sondern in der Notwendigkeit der Beschaffung eines Instrumentariums, mit dem ausmachbar wird, welche Auswirkungen als irgendwie denkbar mögliche relevant werden können. Kann diese Problematik nicht gemeistert werden (und reicht die noch so lange und breite richterliche Erfahrung schon ansatzweise nicht aus¹⁾), ist darüber hinaus eine "computerunterstützte Analyse von Wahrscheinlichkeiten des Eintritts bestimmter (welcher?) Folgen" praktisch ausgeschlossen (S. 265) und ist zuletzt ebenso unlösbar das Problem der Wünschbarkeit von Entscheidungsfolgen, so muß der Versuch,

1) siehe Schelsky, Sozialwissenschaftliche Ausbildung, S. 411

auf der normativen ökonomischen Entscheidungstheorie eine (neue) Methodologie für juristische (richterliche) Entscheidungsprozesse aufzubauen, als schwer erreichbar gelten. Kilian sieht selbst, daß "manchmal ... die Folgen mehrschichtig und nicht direkt erfaßbar" sind; sein Kunstgriff aber, nach Eigenschaften von Teilaspekten einer Folge zu suchen, da diese leichter unter Kontrolle gebracht werden könnten, wird systematisch nicht abgeklärt (S. 264). Was bleibt, ist der ebenso unsystematisch geäußerte Gedanke, daß "oft, vielleicht sogar überwiegend, ... als Folge kurzfristig oder langfristig nur ein einziger Gesichtspunkt" interessieren wird (S. 263).

3.5.6.1.2. Ebenso wie Kilian hat Hopt den Versuch unternommen, für richterliches Handeln Prognoseunsicherheiten durch den Einsatz datenverarbeitender Systeme zu reduzieren¹⁾. Durch deren Fähigkeit, große Datenmengen und komplexe Wirkzusammenhänge rechnerisch schnell und zuverlässig zu bewältigen, sollen - so die Devise - "kontrollierte Experimente am Modell" durchführbar werden. Angeknüpft wird dafür an zwei typische Arten von Modellexperimenten, die heute gerade in den Wirtschaftswissenschaften zum unverzichtbaren methodischen Arsenal gehören: Simulation und Planspiel. Die theoretische Entwicklung solcher Methoden ist nun nicht sonderlich schwierig, da kontrolliertes Experimentieren am Modell methodisch ein nur dreifach gestuftes Vorgehen impliziert: Schaffung eines Modells, Durchführung der Experimente am Modell, Auswertung der experimentellen Ergebnisse²⁾. Die Problematik beginnt aber natürlich bei der praktischen Anwendung im Einzelfall: bei der Unzahl

1) Hopt, Finale Regelungen, S. 71 ff

2) zum ganzen: Hopt, Finale Regelungen, S. 72,73

denkbarer richterlicher Folgenerwägungen bleibt völlig ungeklärt, woher diese Vielzahl erforderlicher Simulationsmodelle kommen soll. Zum anderen stimmt die Tatsache außerordentlich skeptisch, daß als Beispiel für die Leistungsfähigkeit eines solchen Ansatzes auf das "economic forecasting" eines Hermann Cahn verwiesen wird (S. 72 Fn. 78). Aber selbst wenn es gelänge, in diesem Bereich Höchstleistungen zu erzielen, so würde das nichts an der Erkenntnis ändern, daß auch dann von echter Kalulierbarkeit überhaupt keine Rede sein könnte.

3.5.6.1.3. Die traditionelle Methodenlehre sieht demgegenüber im wesentlichen zwei Möglichkeiten, das Folgenproblem in den Griff zu bekommen; das soll einmal dadurch gelingen, daß der Justiz eine stabilisierende und erhaltende Funktion (Justiz als konservative Macht) zugewiesen und ihr somit aufgegeben wird, nur das "evolutionäre Minimum" zu rechtfertigen¹⁾; dann könnte sie der Gefahr möglicher unvorhergesehener Urteilsauswirkungen dadurch entgehen, daß sie sich im Prozeß des "reasoning from case to case" vorsichtig vorwärts tastet und zunächst Mißtrauen, Vorsicht und Zurückhaltung gegenüber vorerst noch nicht zu übersehenden Entwicklungen walten läßt²⁾. Robert Fischer - selbst Revisionsrichter - hat das Dilemma der Rechtsprechung bewußt gemacht, daß es ihr auf der einen Seite unmöglich ist, schon anhand eines Einzelfalles die Bedeutung und Tragweite einer ersten Entscheidung für eine sich neu anbahnende Rechtsentwicklung abzuschätzen. Andererseits sei sie aber verpflichtet, von ihr eingeleitete Rechtsentwick-

1) Esser, Grundsatz und Norm, S. 82

2) Fischer, Methode, S. 107

lungen dann, wenn sich Folgen und Tragweite ihrer Entscheidung übersehen ließen, in einer möglichst klaren und einfachen Form zum Abschluß zu bringen. Das dabei bestehende Wagnis könne aber nur dann gering gehalten werden, wenn die Rechtsprechung mit großer Behutsamkeit vorgehe, Entwicklungstendenzen aufmerksam beobachte und bei ihrer zurückhaltenden, stetigen und allmählichen Ausbildung des Rechts der Versuchung widerstehe, belehrend auf die Gestaltung der Rechtswirklichkeit einzuwirken¹⁾. Einen anderen Weg zur Bewältigung der Folgenproblematik sieht die juristische Methodenlehre in der Aufforderung an den Richter, für untragbar bzw. unerträglich gehaltene Folgen abzuwenden²⁾, was selbstverständlich nur bei einer alternativen Entscheidungsmöglichkeit denkbar sein kann. In diesem Sinne geht z.B. Larenz davon aus, daß eine Objektivierung des Urteils insofern erreicht werden könnte, als es leichter sei, "zu sagen, was offenbar ungerrecht, als was in schwierigen Fällen gerecht sei"³⁾. Andererseits soll es sich bei dieser Form des Vorgehens, die häufig im sog. argumentum ad absurdum ihren Niederschlag findet, nur um die "mit Recht verdächtige 'rhetorische' Kunst des Juristen" handeln, "nach Bedarf Argumente zu finden"⁴⁾, zumal mit einem solchen "Operieren mit Extremfällen" die Gefahr gegeben sei, daß "der Rahmen der von den Gesetzen gezogenen Teleologie gesprengt" werde und sich das Tor für eine mehr oder minder "unkontrollierte Wirklichkeitsjurisprudenz" öffne⁵⁾.

1) Zum ganzen: Fischer, Methode, insb. S. 96 f, 107 f

2) Dubischar, Vorstudium, S. 171

3) Larenz, Methodenlehre³, S. 280

4) Esser, Grundsatz und Norm, S. 127 f

5) Diederichsen, Reductio, S. 160

Dieses (systematisch völlig unabgeklärte) Prinzip der "Negation des Negativen"¹⁾ zielt darauf ab, das Erfordernis der Erfassung der Komplexität von Folgen und Folgesfolgen dadurch zu umgehen, daß allein auf eine alarmierende, unerträgliche Einzelfolge abgestellt (Apothekenurteil des BVerfG: Volksgesundheit) und nur diese zur Entscheidungsgrundlage gemacht wird.

In diesem Zusammenhang hat v. Hippel in seiner Abhandlung über das Verhältnis wechselseitigen Angewiesenseins von (gesetzlicher) Richtlinie und (gesetzlicher) Kasuistik anhand einer Vielzahl konkreter Beispiele gezeigt, welche ungeheuren Entscheidungserleichterungen durch das Prinzip der Negation von Unerträglichkeiten gewonnen werden können²⁾. Unter Verwendung der Topoi "Denn das kann jeder Anständige schließlich ohne weiteres einsehen: So geht es jedenfalls nicht" und "Denn das muß doch jeder Verständige einsehen: So geht es jedenfalls nicht" will er mit Hilfe von Negationen der Schwierigkeit begegnen, daß die mit der Negation zusammenhängende eigentliche positive Lebensgestaltung "ein ungemein verwickeltes und vielfältiges Ordnungsproblem" bildet, das nur durch ein differenziertes Zusammenspiel von unterschiedlichster Maßnahmen zu bewältigen sei. Erfordere also der positive Aufbau eines Teilbereichs jeder Lebensordnung eine Unsumme von "Geist", "Ordnungsvermögen" und "positiven Wahllakten", so erscheine doch "ein einziger, allgemein gehaltener negativer Allgemeinsatz ... jeweils weithin ausreichend, um für einen ganzen Problemkreis das hier jeweils Ausgeschlossene ... zu bezeichnen"³⁾. Diese Leistungs-

1) Luhmann, Rechtsdogmatik, S. 34

2) v. Hippel, Richtlinie und Kasuistik, insb. S. 34 ff

3) v. Hippel, a.a.O., S. 35,37

fähigkeit des Negierens ist auch von Luhmann dahingehend andiskutiert worden, daß in der Form der Negation Unbestimmtheiten benutzt und Generalisierungsmöglichkeiten überzogen werden könnten, ohne daß das darin liegende Risiko des Fehlgriffs voll abgesichert wäre oder auch nur zu sein brauchte¹⁾. Eine solche Leistung könnten negierende Bewußtseinsprozesse wegen der ihnen immanenten Kombination von Generalisierung und Reflexivität erbringen²⁾: Generalisierung bedeutet dabei die Möglichkeit, dadurch Bewußtseinsentlastung und Zeitgewinn zu erreichen, daß ein negierter Komplex in einem hohen Maß an Ungenauigkeit belassen werden kann; demgegenüber wird durch das Prinzip der Reflexivität das hohe Risiko, das mit Negationen verbunden ist, überhaupt nur tragbar; denn man kann das, was man negiert hat, jederzeit selbst negieren und damit aus einem Verweisungshorizont zurückholen.

3.5.6.2. Ist damit aber deutlich geworden, daß durch Negation die ungeheuerere Folgenkomplexität scharf reduziert werden kann, so könnte sich - im Hinblick auf die Frage nach Kriterien für die Bewertung der Folgen - daran die theoretisch nicht abgedeckte, aber doch hochplausible Hypothese anschließen, daß durch Negationen nicht nur hohe Entscheidungserleichterungen gewonnen, sondern daß durch Negationen von Alarmfolgen auch Konsenschancen enorm gesteigert werden können. Daran schließen sich allerdings sofort wieder zwei Folgeprobleme an: erstens taucht beim Zugriff auf eine Alarmfolge die Gefahr auf, daß noch ganz andere, schwerwiegendere Folgen existieren, die aber entweder nicht gesehen oder - aus etwaigen taktischen Erwägungen - nicht herangezogen worden sind; und

1) Luhmann, Gerechtigkeit, S. 148

2) Luhmann, Rechtssoziologie, S. 361 f

zweitens muß jenes "sophistische" Argumentieren abgewiesen werden, mit dem "spielerische Theoretiker" auf Appelle wie: aber diese Entscheidung würde doch "in eine Hungerkatastrophe, in Unsicherheit vor Mord" u.s.w. führen! Gleichgültigkeit demonstrieren. Denn auch darauf könnte man fragen: "warum wäre das so schlimm? warum sollen wir das nicht wollen?"¹⁾

3.5.7. Zusammenfassend mag zunächst noch einmal das § 218 StGB-Urteil des Bundesverfassungsgerichts²⁾ die vorstehend diskutierte Problematik illustrieren: "Schon die bloße Existenz einer solchen Strafandrohung hat Einfluß auf die Wertvorstellungen und die Verhaltensweisen der Bevölkerung Das Wissen um die Rechtsfolgen im Falle ihrer Obertretung bildet eine Schwelle, vor deren Überschreitung viele zurückschrecken. Diese Wirkung wird ins Gegenteil verkehrt, wenn durch eine generelle Aufhebung der Strafbarkeit auch zweifellos strafwürdiges Verhalten für rechtlich einwandfrei erklärt wird. Dies muß die in der Bevölkerung herrschenden Auffassungen von 'Recht' und 'Unrecht' verwirren.... Entfällt die Drohung mit Strafe ganz allgemein, so wird notwendig (!) im Bewußtsein der Staatsbürger der Eindruck entstehen, in allen Fällen sei der Schwangerschaftsabbruch rechtlich erlaubt Der 'gefährliche Schluß von der rechtlichen Sanktionslosigkeit auf das moralische Erlaubtsein' ... liegt zu nahe (!), als daß er nicht von einer großen Anzahl Rechtsunterwerfener gezogen würde". Im übrigen stellen sich der Urteilsanalyse folgende Aufgaben: es wird

†) vgl. Kriele, Rechtsgewinnung, S. 187

2) JZ 1975, S. 205, 212

zu untersuchen sein, welche Folgen von Richtern in welchen Zusammenhängen und auf welche Art und Weise berücksichtigt werden. Daran anschließend kann den Fragen nachgegangen werden, wie die Richter die Probleme der Ermittlung und Bewertung von Entscheidungsfolgen zu bewältigen versuchen.

3.6. GERECHTIGKEITSERWÄGUNGEN

Die Entscheidungsanalyse wird allein dort ansetzen können, wo die Gerichte offen auf Gerechtigkeitserwägungen abstellen.

3.7. GESETZ (incl. Wortlaut des Gesetzes, Systematik des Gesetzes, Wille des Gesetzgebers, Zweck des Gesetzes)

Es erscheint gänzlich unnötig, dem Juristen die Problematik der Gesetzes"anwendung" noch einmal näher zu bringen; ebensowenig ist es erforderlich, ein Wort über die "Fungibilität" der Auslegungselemente zu verlieren. Auch das Phänomen der Flucht des Gesetzgebers aus der politischen Verantwortung im Zivilrecht ist schließlich allgemein bekannt.

3.7.1. Vor diesem Hintergrund soll daher zunächst allein der Frage nachgegangen werden, ob es nicht vielleicht doch gelingen könnte, in diesem Zusammenhang Bereiche auszumachen, die von vornherein jeglicher Problematik entzogen sind. Insoweit wird die sens-clair-doctrine zwar nicht mehr vertreten¹⁾, seitdem erkannt ist, daß die Feststellung der Eindeutigkeit eines Textes erst nach Beendigung seiner Auslegung getroffen werden kann; es soll aber dennoch

1) vgl. allerdings: Clauss, K., Die sens-clair-doctrine als Grenze und Werkzeug, in Hubien, Die juristische Argumentation, Bruxelles 1971, S. 251

möglich sein, mit "Sicherheit" zu beurteilen, daß gewisse konkrete Fälle offensichtlich vom Sinn des Gesetzes gedeckt bzw. nicht gedeckt werden¹⁾. Damit würde die Bindung an die Gesetze jedenfalls so weit reichen, "als der Kern dieser Vorschriften einem vernünftigen Zweifel an seiner Auslegung nicht unterliegt"²⁾. Der Plausibilität dieser Auffassung kann man sich für den § 2 des Bundeswaldgesetzes sicherlich nicht entziehen: "Wald im Sinne dieses Gesetzes ist jede mit Forstpflanzen bestockte Grundfläche. Als Wald gelten auch kahlgeschlagene oder verlichtete Grundflächen, Waldwege, Waldeinteilungs- und Sicherungstreifen, Waldblößen und Lichtungen, Waldwiesen, Wildäsungsplätze, Holzlagerplätze sowie weitere mit dem Wald verbundene und ihm dienende Flächen". Die hier zu diskutierende Lehre vom Bedeutungskern und Bedeutungshof ist vom englischen Rechts-theoretiker H.L.A. Hart zum Mittelpunkt seiner Interpretationstheorie gemacht worden; er geht dafür zunächst aus von dem historischen Befund, daß die Geschichte der Theorien über die Funktion der Regeln bzw. Rechtsnormen in richterlichen Entscheidungen geprägt ist von den immer wieder auftauchenden Extrempositionen des Formalismus (verwandte Erscheinung: Begriffsjurisprudenz und Gesetzespositivismus in ihren überspitzten Formen) und des Regel-Skeptizismus (Freirechtslehre): "Formalism and rule-scepticism are the Scylla and Charybdis of juristic theory; they are great exaggerations, salutary where they correct each other, and the truth lies between them"³⁾. Hart begeht den hier also notwendigen "middle path", indem er dem Begriff in seinem Bedeutungskern einen feststehenden Sinn zuschreibt; dabei will er dieser Hypothese dadurch

1) vgl. Ekelöf, Topik, S. 56

2) Wieacker, Unstrenge Verfahren, S. 439

3) Hart, Concept, S. 144

intersubjektiv zwingende Gewißheit verschaffen, daß er nicht behauptet, daß es einen solchen Bedeutungskern gibt, sondern daß er behauptet, daß es einen solchen Bedeutungskern geben muß: "If we are to communicate with each other at all ..., then the general words we use ... must have some standard instance in which no doubts are felt about its application. There must be a core of settled meaning ..." ¹⁾. Menschliche Kommunikation wäre also ausgeschlossen, wenn nicht die Kommunikationsmittel, also die allgemeinen Ausdrücke, einen solchen Kern unzweifelhafter Bedeutung besäßen ²⁾. Es ist allerdings in neuerer Zeit zu Recht darauf aufmerksam gemacht worden, daß Hart auf die Kritik an dieser These - daß sich nämlich der Bedeutungskern eines Wortes mit Wechselndem Satzzusammenhang ändern könne - seine Lehre vom Bedeutungskern "vorsichtiger formuliert" habe ³⁾. Er vertritt nun nicht mehr die Auffassung, daß unabhängig vom rechtlichen oder nichtrechtlichen Sachzusammenhang, in dem das Wort steht, in jedem Fall ein Kerngehalt auf Grund einer allgemeinen Sprachkonvention existiere, sondern setzt an die Stelle dieser allgemeinen Sprachkonvention die allgemeine Auffassung in den Gerichtsentscheidungen ⁴⁾. Wenn Hart aber vor diesem Hintergrund davon spricht, "daß "legal rules ... (are) determinate enough, in spite of their open texture, to limit, though not to exclude, their discretion" ⁵⁾, so erscheint aus dieser Formulierung doch deutlich hervorzugehen, daß es nicht weiter sinnvoll ist, die Lehre vom Bedeutungskern überhaupt aufrecht zu erhalten; denn da es nicht gelingen kann,

1) Hart, Positivism, S. 607

2) Hart, Concept, S. 123

3) Dazu: Eckmann, Rechtspositivismus, S. 55

4) Hart, Concept, S. 143

5) Hart, Concept, S. 143

Kriterien dafür aufzufinden, was "bestimmt genug" und was "begrenzen" heißt, bzw. dafür, wo das Begrenzen beginnt und wo es aufhört, so folgt daraus zwingend, daß das richterliche Belieben bzw. Gutdünken (discretion) nicht durch einen Begriffskern beschränkt ist, sondern daß die Bestimmung der Grenzen durch eine selbständige Leistung der Richter erfolgt, indem diese nämlich über den Kerngehalt des Begriffs eigenverantwortlich Konsens erzielen. "Kein einziges Tatbestandsmerkmal ist ohne Verständnis seiner Rolle als Kriterium gerechter Abwägung der Interessen im Sinne des spezifischen Normzwecks brauchbar oder auch nur verständlich"¹⁾.

3.7.2. Ist somit der Versuch, unproblematische Bereiche auszumachen, wenig erfolgreich verlaufen, müssen nunmehr die einzelnen canones auf die ihnen immanenten Schwierigkeiten untersucht werden.

3.7.2.1. Wenn zunächst für die Ermittlung des Wortlauts bzw. Wortsinns des Gesetzes oder eines sonstigen Textes abgestellt wird auf die Bedeutung "im allgemeinen Sprachgebrauch"²⁾, wird die Urteilsanalyse der Frage nachgehen müssen, mit welchen Verfahren die Richter diesen "allgemeinen" Sprachgebrauch ermitteln.

3.7.2.2. Das Argument aus der Systematik des Gesetzes verweist allgemein auf das rechtliche Systemdenken und wird dort weiter untersucht werden.

3.7.2.3. Beim Rückgriff auf den Willen des Gesetzgebers steht der Richter vor der Notwendigkeit, dar-

1) Esser, Vorverständnis, S. 57

2) Larenz, Methodenlehre³, S. 307

zulegen, wer denn der Gesetzgeber ist und was sein Wille war. Im Hinblick auf diesen Willen wird bei der Urteilsanalyse insbesondere zu prüfen sein, in welcher Art und Weise der Richter die damaligen Normvorstellungen (und vielleicht dabei sogar "die gesamten sozialen Bedingungen, in die der Gesetzgebungsakt planmäßig steuernd eingriff"¹⁾) ermittelt.

3.7.2.4. Besondere Schwierigkeiten scheinen sich schließlich bei dem Argument aus dem Zweck des Gesetzes einzustellen. Denn einmal soll es sich bei der Zweckermittlung - gleichgültig, ob auf eine Rechtsnorm oder auf ein Rechtsinstitut bezogen - nicht nur um eine mühsame und umstrittene Operation²⁾, sondern auch um eine Leistung handeln, die der Rechtsfinder persönlich und selbständig zu erbringen habe³⁾. Insofern stehe jede Berufung auf den Zweck eines Gesetzes bzw. Rechtsinstituts vor der Gefahr, durch Aufstellen eines scheinbar objektiven Maßstabes jenes eigenständige kritische Urteil zu verheimlichen, "das ein Institutions- oder Normverständnis erst tauglich macht zur Entscheidung von konkreten Zweifelsfragen"⁴⁾.

Darüber hinaus erfüllen Rechtsnormen und Institute nicht nur einen einzigen Zweck, sondern wegen der "Heterogenität der Zwecke" (Wundt) mehrere Ordnungsaufgaben; die sich daraus ergebende Auswahlproblematik wird aber noch dadurch gesteigert, daß zu diesen mehreren Zwecken regelmäßig mögliche latente Zwecke

1) Esser, Handwerkzeug, S. 556

2) Knopp, Institutionenschutz, S. 399

3) Esser, Vorverständnis, S. 130

4) ders., a.a.O., S. 132

gehören, die in jedem Entscheidungsfall neu entdeckt und dann für ihn fruchtbar gemacht werden können. Hinzu kommt schließlich das Problem des Zweckwandels, dem immer dann Rechnung getragen werden muß, wenn die "Marschänderung einer Gesamtordnung" den eingeführten Institutionen neue Aufgaben stellt¹⁾. In diesem Zusammenhang ist es darüber hinaus geradezu unauslotbar, ob der Rechtsfinder für einen aktuellen Konfliktfall trotz Behauptung einer vom Gesetzgeber zu verantwortenden Unveränderlichkeit der Zwecke eines Institutes diesem nicht in Wirklichkeit neue Zwecke unterschiebt, was ihn dann in die Lage versetzt, aus einem gegebenen Institutsverhältnis mehr herauslesen zu können, als bisher vom "Rechtsbewußtsein" in diese Figur hereingelegt worden ist²⁾. Demgegenüber erscheinen die in diesem Zusammenhang angebotenen Lösungsvorschläge - wie folgendes Larenz-Zitat deutlich machen mag - wenig konkret: "Der einzelne Gesetzeszweck ist ... immer nur insoweit maßgeblich, als er sich in das Ganze der rechtlichen Zwecke einfügen läßt. Dieses 'Ganze der Zwecke' wird zwar dem Gesetzgeber regelmäßig als Leitbild vor Augen stehen, er wird aber keineswegs immer schon alle sich daraus im einzelnen ergebenden Folgerungen übersehen. Daher muß hier der Interpret sich zunächst die Gedanken des Gesetzgebers zu eigen machen, um sie sodann folgerichtig weiter zu denken. Möglich ist aber auch, daß der Gesetzgeber einen Widerspruch seiner Zwecke nicht gesehen, die erforderliche Abstimmung der Zwecke nicht vorgenommen hat. Dann ist das 'Ganze der Zwecke' dem Interpreten nicht vorgegeben, sondern aufgegeben. Die Auslegung kann sich in diesem Falle nur an objek-

1) Esser, Grundsatz und Norm, S. 324

2) vgl. Esser, Vorverständnis, S. 130

tiv-teleologischen Kriterien ... orientieren ..., wie insbesondere: die 'Natur der Sache', die 'Grundgedanken' und die rechtsethischen 'Prinzipien' dieser bestimmten Rechtsordnung und die ihnen letztlich zugrundeliegende eine und allgemeine (universale) Rechtsidee"¹⁾.

Die Urteilsanalyse wird daher insbesondere zu prüfen haben, mit welchen Verfahren die Richter den Zweck einer Rechtsnorm ermitteln; möglicherweise könnte ebenfalls geklärt werden, wie die Richter bei Zusammentreffen mehrerer Zwecke bzw. bei einem Zweckwiderspruch agieren. Und schließlich werden die Richter regelmäßig vor der Frage stehen, welche konkrete Entscheidung der so ermittelte Zweck verlangt; in diesem Zusammenhang ist daher zu untersuchen, wieweit und in welcher Form die Richter der Notwendigkeit des Nachweises nachkommen, daß eine gewählte Entscheidungsalternative einen Zweck verwirklicht oder fördert bzw. daß die ausgeschiedene Alternative dem Zweck zuwiderlaufen oder ihn vereiteln würde.

3.8. INTERESSENABWÄGUNG

Die Schwierigkeiten beginnen bereits damit, daß es den Juristen bislang noch nicht gelungen ist, eine endgültig befriedigende Definition des Interessebegriffs zu finden: "die Forderungen des Lebens nennen wir Interessen" (Engisch); Interessen sind "wertbetonte und schutzwürdige Lebensgüter" (Boehmer); Interessen sind die "Begehrensvorstellungen, die die Beteiligten verfolgen müssen, wenn sie die ihnen günstige Rechtslage anstreben" (Westermann) und schließlich Heck: "Der Sprachgebrauch des Alltags bezeichnet mit dem Wort 'Interesse' diejenige Bedeutung, die Lebensgüter für die Menschen haben, also das Begehren nach Lebensgütern, aber nicht nur das aktuelle Begehren, sondern schon das latente, im Unterbewußtsein verlagerte, also schon die Begehungsdisposition". In der vorliegenden Abhandlung geht es aber wiederum nicht um die Abklärung des Interessebegriffs, auch nicht um die Leistungsfähigkeit der Heck'schen Interessenjurisprudenz und ihres "denkenden Gehorsams"²⁾.

1) Larenz, Methodenlehre², S. 315

2) dazu z.B. Esser, Methodenlehre, S. 100 f

sondern darum, daß der Richter zwei Dinge tun muß, wenn er seinen aktuellen Konfliktfall mithilfe einer Interessenabwägung entscheidet. Dann ist er offensichtlich auf der einen Seite genötigt, Interessen zu analysieren; und zum anderen muß er dann die ermittelten Interessen abwägen. Vor diesem Hintergrund kann die Urteilsanalyse der Frage nachgehen, mit welchen Verfahren bzw. Methoden die Richter eine Interessenanalyse vornehmen und von welchen Kriterien sie sich bei der nachfolgenden Abwägung leiten lassen.

Für beide Problemkreise lassen sich in der Methodoliteratur nur wenige und zumeist vage Handlungsanleitungen finden, zumal der Versuch Hubmanns, dem Richter konkrete Anweisungen zu geben¹⁾, nach den kritischen Bemerkungen Strucks²⁾ als gescheitert gelten kann. Im übrigen fragt auch Larenz, ob es sich bei dieser Interessen- bzw. Güterabwägung nicht doch um das "Eingeständnis" handle, "daß der Richter hier ... nur noch auf Grund solcher Maßstäbe entscheidet, die er sich selbst setzt". Dann aber wäre "dem subjektiven Dafürhalten des je entscheidenden Richters ... ein breites Tor geöffnet"³⁾. Insofern verwundert es auch nicht, daß Larenz dem Richter nur sehr vage Maßstäbe aufzeigt: die "im Grundgesetz enthaltene 'Wertordnung'", die "Prinzipien der Verhältnismäßigkeit" und die "Vergleichsmöglichkeiten" in bezug auf "höchstrichterliche Entscheidungen".

Die Urteilsanalyse wird aufzeigen, wie die Richter in diesen Problemsituationen tatsächlich agieren.

1) Hubmann, H., Interessenabwägung im Recht, AcP 155 (1956) S. 85 ff

2) Struck, Interessenabwägung, S. 172 ff

3) Larenz, Methodenlehre³, S. 393

3.9. Konsens (incl. Evidenz, Rechtsempfinden, bewährte Lehre und Überlieferung, Präjudiz)

Seitdem Esser in seinem Vorverständnis-Buch immer wieder auf den Konsens der Vernünftigen abgestellt hat - in der Überzeugung, durch "argumentierbare Evidenzen auf zwingende Konsense" zurückgreifen zu können -, ist der Begriff des Konsenses zu einem "sehr wichtigen Stichwort"¹⁾ geworden. Das ist insofern nicht verwunderlich, als nichts das richterliche Entscheidungsverhalten stärker disziplinieren könnte als die vernünftige Überzeugung der Vernünftigen; denn eine Entscheidung ist im Sinne einer bestimmten Rechtsordnung sicherlich dann richtig, "wenn sie dem 'allgemeinen Rechtsbewußtsein' entspricht und daher auf die Zustimmung aller 'rechtlich Denkenden' rechnen kann"²⁾; allerdings ist die Tatsache, daß Juristen auf behauptete Konsense abstellen, ebensowenig neu wie der Umstand, daß sie dann mit für einen jeden Justizkritiker unerträglichen Reizformeln operieren: mit dem "Konsens der Rechtdenkenden ihrer Zeit", dem "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden"³⁾, dem "allgemeinen Rechtsbewußtsein"⁴⁾ dem "herrschenden Rechtsethos der Zeit"⁵⁾ u.s.w.. Von dieser Tradition scheinen sich Juristen auch durch den empirischen Nachweis soziologischer Ansätze nicht abbringen zu

1) Struck, Dogmatik, S. 86; zur allgemeinen Konsensus-Euphorie, die sich im deutschen philosophischen Denken breit zu machen beginnt: Albert, Traktat, S. XII (Vorwort zur dritten Auflage)

2) Larenz, Wegweiser, S. 295

3) Erstmals in RGZ 80, 219, 221

4) Larenz, Methodenlehre³, Sachregister: Allgemeines Rechtsbewußtsein

5) Zippelius, Methodenlehre, S. 83 und passim

lassen, wonach sich in Gesellschaften mit einem hohen Maß an "strukturell zugelassener Variabilität" die Gemeinsamkeit der Kollektivvorstellungen immer weiter auflöst¹⁾ und somit von einem Gesetz abnehmender Inter-subjektivität gesprochen werden kann²⁾. Mit dem Verdächtigwerden der zentralen Prämisse der Vernunftaufklärung - der gleichen Beteiligung aller Menschen an einer gemeinsamen Vernunft - leuchtet es dem Soziologen nicht mehr ein, daß "der einzelne Mensch durch Reflexion auf seine eigene Vernünftigkeit allen Menschen Gemeinsames finden und Konsens ... erreichen könne"³⁾. Insofern sieht Luhmann auch in der "neuzeitlichen Bewußtseinsmetaphysik" (die Konsense dort für erreichbar hält, wo evidente Wahrheit die Vernunft überzeugt) eine Abwehrhaltung, die "das Problem der sozialen Komplexität, der unbegrenzten Möglichkeit anderer Meinungen, schon ahnt, es aber noch durch Rückzug auf (scheinbar) sichere Grundlagen zu umgehen sucht"⁴⁾.

Was hier in der Sprache der Systemtheorie formuliert wird, ist aber auch für den Juristen nicht neu: er weiß, daß in einer Rechtsgemeinschaft, die die Pluralität konkurrierender Wertüberzeugungen zuläßt und verfassungsrechtlich verankert, auf einen unbezweifelbaren Fundus konsentierter Wertüberzeugungen nicht zurückgegriffen werden kann⁵⁾. Er sieht sich

1) Luhmann, Rechtssoziologie, S. 13 und passim

2) Zippelius, Wesen, S. 100 f

3) Luhmann, Soziologische Aufklärung, S. 67

4) Luhmann, a.a.O., S. 74

5) Für alle: Baur, F., Die Aktivität des Richters im Prozeß, in: Deutsche zivil- und kollisionsrechtliche Beiträge zum IX. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Teheran 1974, Tübingen 1974, S. 187, 203

darüber hinaus aber auch von denjenigen Ansätzen der Sozialphilosophie - die der Idee eines universalen Verständigungsprozesses bzw. einer Konsensustheorie der Wahrheit nachgehen - im Stich gelassen, wenn ihm aufgezeigt wird, daß der Mensch (als auf diskursive Kommunikation angelegtes Wesen) unter dem Zwang undurchschaubarer Diskursbeschränkungen steht; wobei diese Beschränkungen sich dann auch noch aus der Tatsache ergeben sollen, daß die Produktionsverhältnisse der bisherigen Gesellschaften die Einrichtung vollständiger Diskursbedingungen nicht zugelassen hätten¹⁾.

Obwohl es außerdem bisher nicht gelungen ist, Maßstäbe für die Beurteilung dafür aufzuzeigen, wann ein allgemeiner Konsens vorliegt, "wie er festgestellt werden kann, was geschieht, wenn unterschiedliche Ansichten bestehen, wonach sich die Präferenzen richten, ob Harmonisierungsmöglichkeiten bestehen, ob diese angestrebt werden sollen"²⁾ u.s.w. oder wie in diesen Bereichen das Problem der 5 %-Klausel gelöst werden kann (Struck), lassen sich Juristen nicht von der Überzeugung abbringen, daß vernünftige Argumente die Chance haben, "jenseits der privaten Absichten, Interessen und Vorurteile auf Einsicht zu treffen und akzeptiert zu werden"³⁾. Von daher ist es dann konsequent, dem Richter aufzugeben, seine "materialen Wertungsmaßstäbe" aus dem Bereich "allgemeiner Überzeugung" zu entnehmen⁴⁾, da so eine Plausibilität erreicht werden könne, "die ein von den anerkannten Aufgaben des Rechts ... ausgehendes Bewußtsein" nicht mehr zu bestreiten vermöge⁵⁾.

1) Henrich, Verständigungsverhältnisse, S. 15-17

2) Kilian, Juristische Entscheidung, S. 75

3) Esser, Vorverständnis, S. 25 f

4) ders., Grundsatz und Norm, S. 53

5) ders., Vorverständnis, S. 27

Allerdings ist die vorliegende Abhandlung in der glücklichen Lage, weder den Bedingungen der Möglichkeit von Konsensen nachgehen noch Ansätze zu einer Konsensustheorie der Wahrheit aufzeigen zu müssen. Es geht erneut allein um die Aufgabe der Richter, beim Abstellen auf einen Konsens (dasselbe gilt für Evidenz und Rechtsempfinden) anzugeben, wer die "Konsentierenden" sind und wie deren Konsens ermittelt wird.

Damit stellt sich also zunächst die Frage nach der Konsensinstanz.

3.9.1. Die Suche danach muß sich angesichts der zu erwartenden Trivialitäten von vornherein als ein etwas peinliches Verfahren darstellen, erscheint aber angesichts einer Fülle diesbezüglicher angesehener Juristenmeinungen unausweichlich. Sie beginnt mit der Feststellung, daß der heute angesichts des Alterns der kontinentalen Kodifikationen, der rasanten Veränderung der ökonomischen und sozialen Daten und des gesellschaftlichen Wertewandels¹⁾ ständig zu beobachtende Rückgriff auf den Konsens der Vernünftigen²⁾ eine interessante Parallelerscheinung findet in der Idee einer *communis opinio*, die ihren Ausgang nimmt in der Spätzeit der Glossatoren, als die praktische Anwendung der Regeln des justinianischen Rechts auf veränderte gesellschaftliche Verhältnisse immer größere Schwierigkeiten bereitete und somit die Auslegung des *Corpus iuris* immer freier werden mußte³⁾. Arbeiteten

1) vgl. Wieacker, Topikdiskussion, S. 396 ff

2) wie in Germanien kann heute nicht mehr entschieden werden: *De minoribus rebus principes consultant, de maioribus omnes, ita tamen, ut ea quoque, quorum penes plebem arbitrium est, apud principes praetractentur*; Tacitus, *Germania*, Ziff. XI

3) Koschaker, *Europa*, S. 87-92

aber die Kommentatoren unter dem Denken der Scholastik mit einem Stoff, der ihnen von einer autoritären Instanz als Gegenstand des Glaubens aufgegeben wurde, so war es erforderlich, daß an die Stelle der nicht mehr ausreichenden Entscheidungen des *Corpus iuris* eine neue Autorität trat; vor dem Hintergrund des Grundsatzes des 15. und 16. Jahrhunderts - *a communi opinione in iudicando et consulendo non est recedendum*¹⁾ - konnte diese Autorität nur der angesehene Rechtsgelehrtenstand repräsentieren²⁾: die *communis opinio doctorum* ersetzte den *consensus omnium*. Das konnte auch durch eine Digestenstelle abgestützt werden, wonach "*ius autem civile est, quod ex ... auctoritate prudentium venit*"³⁾. Diese neue Autorität befriedigte zwar das Bedürfnis der Praxis nach autoritären Entscheidungen und beeinflusste von daher die Rechtsentwicklung in ganz entscheidendem Maße, ihre kritiklose Befolgung wurde allerdings stets bekämpft; teils mit wenig hilfreichen Formeln wie "*ubi iura clara habemus ..., non curamus de opinionibus doctorum*"⁴⁾, teils bei Fragen des Strafvollzuges durch Abstellen auf die schon "*humanere*" Auffassung: z.B. sollte die Strafe des Handabhauens bei Personen mit nur einer Hand als zu hart nicht anwendbar sein⁵⁾. Damit wird bereits die Problematik deutlich: kann man nicht auf die Meinung aller Rechtsgenossen abstellen, so muß man nach den kompetenten Mitgliedern

1) Genzmer, Kritische Studien, S. 326

2) Koschaker, Europa, S. 92

3) 1.7. D de j. et j. 1,1; zit. nach Engelmann, Wiedergeburt, S. 209 f

4) Petrus Ant. de Petra, zit. nach Engelmann, Wiedergeburt, S. 227

5) Fulgosius, zit. nach Engelmann, a.a.O., S. 225,226

der Rechtsgemeinschaft suchen; das waren bei Aristoteles die Weisen, und auch von den Weisen wieder entweder alle oder die meisten oder die bekanntesten und angesehensten, bei Frankena diejenigen, die keinem Zwang unterliegen, klar denken können, voll informiert sind und von zutreffenden Vorstellungen im deskriptiven Bereich ausgehen¹⁾, bei Beling²⁾ die führende und tonangebende Schicht, die er "soziologisch-dynamisch" erfassen wollte, bei H.-J. Wolff diejenigen, deren "sittliches Bewußtsein nicht verbildet" ist und die nicht durch die "Wucht ihrer eigenen Interessen oder Vorurteile verblendet" sind³⁾, bei Ehmke die "vernünftig- und -gerecht-Denkenden" (zu ersteren zählt Ehmke vor allem die Rechtsgelehrten und Richter, zu den letzteren das ganze Gemeinwesen)⁴⁾

Gerade an der Ehmke'schen Auffassung wird aber - ebenso wie an der Idee der *communis opinio doctorum* oder an der Tatsache, daß der Geist der gelehrten Juristen den Savigny'schen Volksgeist repräsentierte - die Tendenz der Juristen bzw. der jeweiligen richterlichen Entscheider sichtbar, ihr eigenes Rechtsbewußtsein als das der billig und gerecht Denkenden auszugeben. So erkennt auch Betti bei dem Problem der Zuständigkeit zur Gewinnung seiner allgemeinen (überpositiven) Rechtsgrundsätze, daß diese im Wertgefühl der zeitgenössischen Gemeinschaft ihre Wurzeln haben, und steht dann nur noch vor der Frage, auf welche Weise und mittels welcher Organe sich dieses Wertgefühl kundtun soll. Er zweifelt nicht daran, "daß heute das Wertgefühl und Bewußtsein der Gemeinschaft ihr Organ zur Erfüllung einer solchen Aufgabe in der Rechtswissenschaft (Jurisprudenz) besitze, verstanden im weitesten Sinne sowohl der theoretischen

1) Frankena, Ethik, S. 134

2) Beling, Positivismus, S. 17 und passim

3) Wolff, Rechtsgrundsätze, S. 38

4) Ehmke, Verfassungsinterpretation, S. 71 f

Rechtslehre als auch der praktischen Rechtsprechung"¹⁾. Die Rechtswissenschaft sei nämlich dazu berufen, diejenigen Bewertungsmaßstäbe herauszuarbeiten, die in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zum Ausdruck kämen; und dies soll nur jemand bezweifeln können, der den "geistigen Zusammenhang" aus den Augen verliert, welcher "in jeder organisierten Gesellschaft die Jurisprudenz mit dem Gemeinschaftsbewußtsein verbindet, vorausgesetzt nur, daß die Juristen sich ihrer Aufgabe und der ihnen zufallenden Verantwortung als Vertreter der Gesellschaft bewußt bleiben"²⁾.

Zumindest ähnlich liest sich dies bei Karl Larenz: zwar habe der Richter bei Fällen eines Werturteils "in der Regel" nicht "sogleich" nach seiner eigenen, höchstpersönlichen Werteinsicht zu urteilen, sondern nach "gewissen" Maßstäben, die er dem "allgemeinen" Wertbewußtsein entnehmen müsse; seine Situation sei also insoweit besonders günstig, als er bei der Begründung seines Werturteils Orientierung an den Maßstäben findet, die in der Rechtsgemeinschaft als verbindlich angesehen werden. Kennzeichnend ist aber nun, daß Larenz als methodisches Verfahren zur Erkenntnis einer solchen "allgemeinen Urteilsweise" die Fallvergleichung anbietet - als Methode, die den Richter fragen läßt, wie in anderen, vergleichbaren Fällen entschieden worden ist. Die zentrale Frage aber, von wem denn diese anderen Fälle entschieden worden sind, beantwortet Larenz so, daß für ihn eindeutig die Fälle im Vordergrund stehen, die von dem Richter selbst oder einem anderen Richter entschieden

1) Betti, Allgemeine Auslegungslehre, S. 659

2) Betti, a.a.O., S. 660

worden sind¹⁾. Kennzeichnend ist in diesem Zusammenhang weiterhin, daß Larenz, bevor er dem Problem der Identität von allgemeinem und richterlichem Rechtsbewußtsein nachgeht, die Frage stellt, wann eigentlich der Richter berechtigt sei, eine allgemeine Urteilsweise zu verwerfen und seine eigene, bessere Werteinsicht an ihre Stelle zu setzen.

Dafür findet der Richter dann die Anweisung, nach "objektiven" Gründen, d.h. nach aus dem Verständnis des zugrunde liegenden Wertes zu folgernden Gründen zu suchen, "die auch andere überzeugen können". Insgesamt hat also auch Larenz keinen Zweifel, daß das Wertverstehen des Richters stellvertretend für das der Gemeinschaft eintreten muß²⁾.

Auch Esser³⁾ sieht ganz deutlich, daß in komplexen Gesellschaften ein "durchgängiges soziales Ordnungsgewissen" nicht existieren kann; dennoch sei der Richter aber nicht gehindert, "seinen Blick vom eng Juristischen auf die Kulturtraditionen seines Landes und auf das aktuelle Lebensgefühl seines Volkes zu erheben".

Ich zitiere weiter: "Das bedeutet nicht, daß er subaltern nach der statistischen Majorität der Vorstellungen ... fragen müßte. Das Rechtsgefühl aller 'billig und gerecht Denkenden' ist immer von dem entscheidenden Richter selbst bestimmt worden".

Damit aber ist die Urteilsanalyse vorbereitet: Wer also konsentiert und mit welchen Verfahren wird deren Konsens ermittelt.

1) Larenz, Methodenlehre², S. 265: Wenn Larenz dabei auch darauf abstellt, wie in anderen Fällen "im Verkehr" geurteilt wird, so tritt dieser Gedanke auch in seinen folgenden Erörterungen eindeutig zurück

2) Larenz, Methodenlehre², S. 260 ff, insbes. S. 265

3) Esser, Grundsatz und Norm, S. 82

3.9.2. In engem Zusammenhang damit steht die Berufung der Richter auf die "bewährte Lehre und Überlieferung", gesetzlich angeordnet im berühmten Art. 1 S. 3 des schweizerischen ZGB, einer Vorschrift, mithilfe derer der Gesetzgeber verhindern wollte, daß der Richter "aus mangelnder Sorgfalt oder Unfähigkeit die richtige Lösung verfehlt". Im übrigen sollte durch die Richtigkeit und Objektivität Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit gefördert werden¹⁾.

Die Vorteile einer derartigen Verpflichtung zur Heranziehung "bewährter Lehren"²⁾ werden von der schweizerischen Kommentarliteratur in erster Linie darin gesehen, daß diese Lehren dem Richter "Orientierung" geben könnten - wenn sie auch nicht in der Lage seien, ihm Bindungen aufzuerlegen; sie seien somit geeignet, richterliche Rechtsfindung zu erleichtern, nicht aber, diese überflüssig zu machen: "Die Doktrin gilt dem Richter nicht wie eine Rechtsquelle *ratione imperii*, sondern immer nur *rationis imperio*"³⁾.

Damit aber ist eine Problematik angesprochen, die in diesem Zusammenhang eine sinnvolle Beschränkung der Urteilsanalyse ermöglicht (denn die "bewährte Lehre und Überlieferung" beinhaltet ja eine Vielzahl von Aspekten). Es kann der Frage nachgegangen werden, ob der Richter in unreflektiertem Zugriff auf "Bewährtes" einer unkritischen Stabilisierung Vorschub leistet, mit der Folge, daß sich schließlich eine nur "erjähnte" Lehre und Überlieferung herausbilden würde.

3.9.3. In gleichem Maße muß eine Beschränkung des Forschungsprogramms bei dem Einsatz von Präjudizien vorgenommen werden; denn eine umfassende Analyse

1) Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Art. 1 Bem. 424

2) Zur Frage der normativen Kraft der Präjudizien sogleich unter 3.9.3.

3) Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Art. 1 Bem. 442

sämtlicher Schwierigkeiten kann an dieser Stelle nicht geleistet werden, zumal selbst für die English theory of precedent "even the key terms used in the theory, 'ratio decidendi', 'material facts', 'interpretation', have their own penumbra of uncertainty"¹⁾.

Die vorliegende Abhandlung wird daher allein der Frage nachgehen, wieweit sich der Verdacht aufdrängt, daß die Richter Präjudizien mehr oder weniger unbesehen befolgen²⁾ und dadurch einer Stabilisierung überkommener Gedankengänge Vorschub leisten; oder aber ob Präjudizien ihre faktische Bindungswirkung vielmehr wegen der inneren "Überzeugungskraft der Entscheidungsgründe mit Bezug auf ihre sachliche Richtigkeit" bzw. wegen der Obereinstimmung des richterlichen Judizes mit dem allgemeinen Rechtsbewußtsein entfalten³⁾.

3.10. KONSTRUKTION

Ob für die dogmatische Konstruktion an die im Anschluß an Rümelin formulierte Definition Essers ("als Zurückführung des in der konkreten Fallsituation an Gerechtigkeitsproblematik Enthaltenen auf schon anerkannte Kriterien des sogenannten Rechtserheblichen und ihre Zuordnung zu dem im Rechtssatz enthaltenen Elementen") oder Stolls ("als Verfahren, durch das eine rechtliche Erscheinung durch Einreihung in das Rechtssystem unter Aufdeckung ihrer Eigenheit klargelegt wird"⁴⁾) angeknüpft wird - in beiden Fällen zeigt sich, daß die Konstruktion nicht als eine Kategorie verstanden werden kann, an der sich das richterliche Entscheidungshandeln zu orientieren vermag,

1) Hart, Concept, S. 131

2) dazu z.B. Schlüter, Obiter dictum, S. 25

3) Larenz, Präjudizien, S. 252; Dubischar, Vorstudium, S. 124

4) Stoll, Begriff und Konstruktion, S. 113

sondern sich als das wichtigste Mittel für die Verfahren der dogmatischen Systembildung darstellt. Die so verstandene Konstruktion kann also weder "produktive Kräfte entfalten" noch im Zusammenhang mit der richterlichen Bindungsproblematik stehen. Setzt doch die Konstruktion erst dann ein, wenn - in der Sprache der Interessenjurisprudenz - die Subsumption als Unterordnung von Einzelferscheinungen unter bekannte Begriffe oder gegebene Rechtssätze nicht mehr gelingt¹⁾ oder wenn - in der Sprache der juristischen Hermeneutik - die Frage nach einer richtigen oder sinnvollen Lösung vorgreiflich beantwortet worden ist²⁾. Wegen dieser Verwandtschaft von Konstruktion und Systembildung kann insoweit auf die Kategorie 3.12. "System" verwiesen werden.

3.11. NATUR DER SACHE

Kaum ein anderer Begriff ist in der dogmatischen Argumentation so sehr mit dem Stigma der Irrationalität belastet wie der der "Natur der Sache" oder auch der der "sachlogischen Strukturen". Obwohl Juristen im gesamten abendländischen Rechtsdenken - insbesondere seit Cicero³⁾ - immer wieder aus der Natur der Sache heraus argumentiert haben, soll es sich doch bei diesem Topos um eine klassische Leerformel handeln, mit deren Hilfe man beliebige Forderungen aufstellen könne⁴⁾. Und obwohl wir also - wie Engisch einzigartig formuliert hat - "von der Antike über Montesquieu, Dilthey, Gény, E. Huber bis zu Radbruch, Sauer, Welzel, Dahm und Fechner ... unter

1) Stoß, Begriff und Konstruktion, S. 114

2) Esser, Vorverständnis, S. 113

3) Radbruch, Natur der Sache, S. 157

4) Koch, Rationalität, S. 200

den Titeln 'rerum natura', 'la nature des choses', 'données réelles', 'Naturalien als Reale der Gesetzgebung', 'Naturtatsachen', 'vorgegebene Sachverhalte', 'ontologische Grundgegebenheiten', 'sachlogische Strukturen', 'reale Voraussetzungen', 'objektive (sachgegebene) Zusammenhänge' u.s.w. u.s.f. die Auffassung vertreten finden (können), daß Tag und Nacht, Klima und Boden, Unterschied von Land, Meer und Luft, anatomische, physiologische, psychologische Beschaffenheit des Menschen, Erbgut, Verschiedenheit der Geschlechter, Altersstufen, Geburt und Tod, Nahrungsspielraum, wirtschaftlicher Status, Stand der Technik, Verschiedenheit beweglicher und unbeweglicher Sachen, natürliche Struktur der menschlichen Handlung und dergleichen mehr dem Recht die Inhalte vorzeichnen oder wenigstens umreißen¹⁾, so wird dennoch vorgeschlagen, den Begriff der Natur der Sache aus dem Vokabular der rechtswissenschaftlichen Fachausdrücke zu streichen²⁾; zumal schon lange als gesichertes Ergebnis angesehen werden könne, daß die Natur der Sache als rechtsschöpferisches Prinzip praeter legem ausgespielt habe³⁾. Auch für Isay war längst a) selbstverständlich, daß eine Natur der Sache nicht existiere, und b) unergründlich, welche Bedeutung die Natur der Sache für eine Entscheidung haben könnte⁴⁾. Ganz anders dagegen eine breite Juristenfront:

Westermann hat zur Frage der Begründung des "nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses" darauf hingewiesen, dieses könne nicht aus § 242 BGB entwickelt werden, da § 242 BGB nicht "beziehungsbegründend" wirke, sondern nur den Inhalt einer bestehenden

1) Englisch, Konkretisierung, S. 116 f

2) Dreier, Natur der Sache, S. 127

3) Gutzwiller, Natur der Sache (1924), S. 297

4) Isay, Rechtsnorm, S. 79 ff, 81

Rechtsbeziehung bestimme. Vielmehr sei es die "tatsächliche Zugehörigkeit" der Grundstücke zu einem Raum mit der folgeweise tatsächlichen Beeinflussung der Nutzungen, die eine Rechtsbeziehung zwischen den benachbarten Eigentümern "auslöse", eben das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis, auf das dann § 242 BGB inhaltsbestimmend angewandt werden könne¹⁾.

Hubmann: "Diese Heranziehung der Natur der Dinge für die rechtliche Ordnung bedeutet noch keinen Unsicherheitsfaktor in der Rechtsanwendung; denn es handelt sich dabei um etwas Festliegendes, wenn auch nicht verkannt werden darf, daß unsere Erkenntnis von der Natur der Dinge nur eine bruchstückhafte ist"³⁾.

Dießelhorst: Es sind die "Sachlagen selbst", die die richterliche Rechtsfindung bestimmen⁴⁾.

Schließlich Schambeck: "Wenn der Gesetzgeber dem wesenhaften Sein Rechnung trägt, wird die 'Natur der Sache' eine verbindliche, gültige Norm des positiven Rechts". "Alle Fragen des Arbeitsrechts, die einer rechtmäßigen, d.h. material gerechten Lösung zugeführt werden sollen, müssen der Natur dieser Sache entsprechen, d.h. aus dem Wesen des Arbeitsverhältnisses ... geregelt werden". "Durch die Einbeziehung der 'Natur der Sache' wird ... die schrankenlose Freiheit des rechtsanwendenden Organs dadurch beseitigt, daß an die Stelle des gesetzesfreien Raumes eine strukturelle ontologisch bedingte Gebundenheit tritt, wo-

1) Harry Westermann, Anm. zu BGHZ 38,61 in: JZ 1963, S. 407,408: Die tatsächliche Zugehörigkeit soll also die Rechtsbeziehung auslösen!

2) Hubmann, Interessenabwägung, S. 99

3) Dießelhorst, SaIldotheorie, S. 209

durch keine Freiheit mehr für schrankenlose Willkür gegeben ist, denn an die Stelle der Lücke im Recht ist die Sachgebundenheit getreten"¹⁾.

Insgesamt dürfte mit diesen Zitaten die Problematik deutlich geworden und die Entscheidungsanalyse in ausreichendem Maße vorbereitet sein: Bei dem Argumentieren aus der Natur der Sache stehen die Richter vor der Schwierigkeit, aus dieser Natur der Dinge mehr herauszuholen als halt die Natur. Sollte somit festgestellt werden, daß die Richter diesen Versuch tatsächlich unternehmen, wird zu prüfen sein, welches das ausmachbare Verfahren ist, mit dessen Hilfe die Richter diesen Versuch durchführen zu können glauben. Allein darauf wird sich die Urteilsanalyse an dieser Stelle beschränken; sollten die Richter mit dem Argument aus der Natur der Sache dagegen auf Evidenzen oder auf Ordnungsfunktionen einer Institution bzw. eines Instituts verweisen, so ließe dies den vorliegenden Zusammenhang unberührt.

3.12. SYSTEM (incl. Logik)

Es sind die Begründungen aus der Einheit der Rechtsordnung bzw. aus dem System des BGB oder des geltenden Rechts und die Argumente der Widerspruchsfreiheit und Folgerichtigkeit, die auf das juristische Systemdenken hinweisen. Damit aber nähert sich die vorliegende Abhandlung nunmehr einem "sinnvollen Ganzen"²⁾ mit "Lebenswert", das offenbar aus sich heraus befähigt ist, "ein sinnvolles Verhältnis der Prinzipien, Harmonie der Wertungen und Widerspruchslösigkeit der

1) Schambeck, Natur der Sache, S. 93 ff, 106, 107, 112f

2) Diederichsen, Topisches Denken, S. 699

Normen"¹⁾ oder auch "das richtige Verhältnis von Regel und Ausnahme" herzustellen²⁾: einem Gebilde, das anscheinend die Kunst ermöglicht, neue Lösungen mithilfe vorgegebener Elemente des positiven Rechts zu finden³⁾ bzw. eindeutige Konfliktsentscheidungen im Wege der Ableitung aus dem vorhandenen Material oder vielleicht auch dem "Inbegriff der vorhandenen Rechtsnormen"⁴⁾ herbeizuführen⁵⁾. Damit scheint der Leser sowohl das Gebiet der "klassischen Konzeption" der juristischen Dogmatik, in dem für die richterliche Entscheidungswahl ausschließlich innersystematische Kriterien und Perspektiven zugelassen sind⁶⁾ als auch den Bereich der Vorstellung zu betreten, in dem selbst gewandelte Erkenntnisse aus dem sogenannten Systemzusammenhang herausgefolgert werden können⁷⁾. Abzuhandeln sind an dieser Stelle somit anscheinend auch die Ideen des Ganzen, der Einheit und der Harmonie, der Folgerichtigkeit und der Wertungskonsequenz, der Widerspruchsfreiheit und der Gleichheit - was um so schwieriger sein wird, je mehr es sich bei diesen Überlegungen um eine "esoterische Angelegenheit" derjenigen handeln soll, die "die Anschauung des historisch-dogmatischen Ganzen, woraus dieses Einzelne allein Licht erhalten kann, in hinlänglicher Bereitschaft haben"⁸⁾: mit "dem" juristischen System erscheint die zentrale Kategorie in der Tat erreicht.

1) Engisch, Systematik, S. 188

2) Esser, Grundsatz und Norm, S. 7

3) Esser, Möglichkeiten, S. 105

4) Esser-Schmidt, Schuldrecht, S. 22

5) Viehweg, Topik S. 82

6) Esser, Vorverständnis, S. 96

7) Esser, Vorverständnis, S. 99

8) Flume, Allgemeiner Teil, S. 297

3.12.1. Das somit anstehende Unterfangen wird allerdings dadurch kompliziert, daß es "das" juristische System bzw. Systemdenken zwar niemals gegeben hat, dennoch aber Juristen immer wieder einem wie auch immer gearteten Systemdenken bestimmte Leistungen zugeschrieben haben. Allerdings hat sich heute auf der Grundlage eines reichen historischen Schatzes unerfüllt gebliebener Hoffnungen (so z.B. der Versuch Pufendorfs, more geometrico aus dem Prinzip des Gesellschaftsbedürfnisses heraus ein System des Naturrechts als logische Notwendigkeit zu deduzieren) unter Juristen ein Konsens dahin gebildet: ein Systemziel im Sinne einer "logisch strigenten Deduktion aus Axiomen" strebt niemand mehr an¹⁾ (wobei die Frage, wieweit dies in Teilbereichen möglich sein könnte, nicht weiter verfolgt werden soll).

Insoweit war auch jener Kampf gegen "die axiomatisch-deduktiv verstandene Systemvorstellung"²⁾ vielleicht etwas fruchtlos, weil ein solches auf der Grundlage spezifischer Basiskonzeptionen zwar postuliert, niemals aber tatsächlich erreicht wurde. Es geht halt nicht; Viehweg hat dargelegt, welche Bedingungen dafür erfüllt sein müßten: eine strenge Axiomatisierung³⁾ des gesamten Rechts verknüpft mit einem strikten Interpretationsverbot innerhalb des Systems (wobei zu beachten ist, daß Begriffe oder Sätze des Systems, die in Worten der natürlichen Sprache auftreten, systematisch unzuverlässig sind); strenge (lediglich am

1) Diederichsen, Topisches Denken, S. 700

2) Esser, Systemdenken, S. 758

3) Zur Frage, ob Juristen dann, wenn sie von der axiomatischen Methode reden, die von Hilbert begründete axiomatische Methode meinen und dann deren Rolle deshalb fehleinschätzen, weil damit nichts anderes gemeint sei als die Möglichkeit, eine Satzklasse übersichtlich hinzuschreiben, siehe: v. Savigny, Rolle, S. 315 ff

Rechtssystem orientierte) Interpretationsvorschriften für den Sachverhalt; unbehinderte Zulässigkeit von Non-liquet-Entscheidungen; fortgesetztes Eingreifen des Gesetzgebers, der neue Fälle ohne Störung der logischen Perfektion des Systems lösbar machen müßte¹⁾.

Nur am Rande sei noch darauf hingewiesen, daß es selbstverständlich möglich ist, aus einem so beschriebenen System eine Entscheidung abzuleiten; allerdings kann es sich dann allein um irgendeine Entscheidung, nicht aber um eine solche handeln, die den Anspruch erhebt, eine sachgerechte, vernünftige, billige u.s.w. zu sein.

Insofern hat Philipp Heck auch klar gesehen, daß das deduktive Ideal in der Hauptsache Theorie geblieben ist und weder den Aufbau der Gesetze, noch den des wissenschaftlichen Systems und ebensowenig die praktische Normgewinnung kausal bestimmt hat²⁾.

3.12.2. Dieses Ideal würde allerdings Fernwirkungen zeitigen, wenn sich "das System" (als "Lebenswelt von Institutionen und von elementaren begrifflichen Kriterien mit verselbständigtem Symbolwert") auch heute noch "als eigenes Erkenntnisobjekt" zwischen die Juristen und die Sachprobleme schieben würde oder wenn z.B. in rechtlichen Diskursen verbindliche Konzepte von Systemzusammenhängen tatsächlich weithin die Argumentation zur Sache verhinderten³⁾. Diesen Problemkreisen; die bereits Gefahren und Schwierigkeiten des Rekurses auf Systemzusammenhänge andeuten,

1) Viehweg, Topik, S. 92

2) Heck, Begriffsbildung, S. 170, 171

3) Esser, Möglichkeiten, passim, insbesondere S. 99

kann aber nicht sinnvoll nachgegangen werden, bevor nicht diejenigen Systemansätze dargelegt sind, die aktuell von Juristen noch vertreten werden. Dabei steht selbstverständlich nicht das "äußere System" (Frage der gedrängten übersichtlichen Darstellung) zur Diskussion, sondern der "innerliche" Zusammenhang der Rechtssätze, dessen sich jeder bemächtigen müsse, der die Natur des Rechts vollkommen erfassen wolle (Puchta). Insgesamt lassen sich dafür in der juristischen Literatur drei sehr gut abstufbare Ansätze ausmachen: nämlich Flume (das System als die vorausgesetzte innere Konsequenz des Rechts), Canaris (System als teleologische Ordnung allgemeiner Rechtsprinzipien) und Engisch (die Rechtsordnung soll ein harmonisches System von prinzipiengetreuen Wertungen darstellen).

3.12.2.1. Flume¹⁾ geht aus von dem Prinzip der "Vollständigkeit der Rechtsordnung", das (mit Savigny) richtigerweise so zu verstehen sei, "daß aus der Einheit der Rechtsordnung durch das Verständnis derselben als einer Einheit die neuen Rechtssätze zu entwickeln ... (seien)". Wenn also z.B. im Zusammenhang mit einem bereits anerkannten Rechtsinstitut eine Rechtsfrage neu entstehe, so sei sie zu beantworten "nach der inneren Verwandtschaft der diesem Institut angehörigen Rechtssätze". Zu erhalten sei dabei eine "organische (Konsequenz), die aus der Gesamtanschauung der praktischen Natur der Rechtsverhältnisse und ihrer Urbilder" hervorgehe. Immer habe sich der Rechtsfinder "auf die Gesamtheit der Rechtsordnung", also auf das "organische Gefüge des gesamten Rechts" auszurichten; so habe er z.B. auch die Grundrechtsnormen "in ihrer organischen Einfügung in die Verfassung und die Gesamtheit der Rechtsordnung zu verstehen".

1) Flume, Allgemeiner Teil, S. 293 ff

Damit könne nunmehr auch der neuerdings vielberedete Begriff des Vorverständnisses sinnvoll gefaßt werden; dabei handele es sich um einen längst bekannten Gedanken, nämlich - in der nach Flumes Ansicht zutreffenden Formulierung Savignys - darum, "daß wir die Anschauung des historisch-dogmatischen Ganzen, woraus dieses Einzelne allein Licht erhalten kann, in hinlänglicher Bereitschaft haben".

Es werde insoweit auch möglich, den Rechtsfinder bei einer den Inhalt des Gesetzes abändernden Auslegung methodisch anzuleiten: "Denn nur aus der Gesamtheit der Rechtsordnung kann eine Änderung des Inhalts des einzelnen Gesetzes begründet sein, weil die Gesamtheit der Rechtsordnung als Verwirklichung des Rechtsgedankens zu verstehen ist und so nur aus ihr die Maßstäbe ... entnommen werden können".

Steht der Jurist nun nicht vor der Notwendigkeit, einen Gesetzestext zu verstehen, sondern Flume selbst, so ist ihm aufgegeben, "organisch" zu erfassen, was Flume meint, wenn er von dem "organischen Gefüge" spricht. Das ist sicherlich nicht ganz einfach; schon Puchta hatte bekanntlich (in bezug auf Savigny) damit seine Schwierigkeiten - und verwechselte dann organisch mit logisch. Allerdings vermögen diejenigen, denen die Ausführungen Flumes unklar erscheinen, bei ihm selbst Trost zu finden.

Das ganze organische Erfassen ist nämlich offenbar nicht "die Sache von 'jedermann'": "Die Auslegung des Rechts in Hinsicht auf die von ihm (!) gestellten Probleme und die dafür aus der Rechtsordnung zu entwickelnden Lösungen ist eine esoterische Angelegenheit derjenigen, welche (eben) 'die Anschauung des historisch-dogmatischen Ganzen, woraus dieses Einzelne allein Licht erhalten kann, in hinlänglicher Bereitschaft haben'".

3.12.2.2. Nach Canaris¹⁾ ("der Gedanke der Folgerichtigkeit und Einheit des Rechts beweist eine außerordentlich dynamisierende Kraft, sofern man ihn nur ernst nimmt") läßt sich das System erfassen als eine axiologische oder teleologische Ordnung allgemeiner Rechtsprinzipien. Dabei zielt das Merkmal der teleologischen Ordnung auf das dem Systembegriff "immanente", aus dem "Wesen des Rechts" begründbare Element der wertungsmäßigen Folgerichtigkeit. Eine solche ist nach Canaris dann erreicht, wenn der Forderung nachgekommen ist, "eine einmal gesetzte (primäre) Wertung in allen ihren Konsequenzen zu Ende zu denken, sie auf vergleichbare Fälle zu übertragen, Widersprüche mit anderen, schon gesetzten Wertungen zu beseitigen und Widersprüche bei der Setzung neuer Wertungen zu verhüten". Dagegen spricht Canaris mit dem Merkmal der Allgemeinheit (der Rechtsprinzipien) das dem Systembegriff ebenso zugehörige Element der "inneren Einheit der Rechtsordnung" an. Dieses soll in seiner negativen Komponente die Widerspruchslosigkeit der Rechtsordnung gewährleisten (und entspricht damit weitgehend dem der Folgerichtigkeit) und in seiner positiven Komponente nichts anderes erreichen "als die Verwirklichung der 'generalisierenden Tendenz' der Gerechtigkeit", die den Aufstieg von der Fülle der im konkreten Fall möglicherweise relevanten Aspekte zu wenigen abstrakten generellen Prinzipien fordert.

Auf dieser Grundlage stellt sich für Canaris die Frage nach der Rechtsgewinnung "aus dem System" als Frage nach der "teleologischen oder wertungsmäßigen Ableitungseignung des Systems", wobei unter "Ableitung"

1) Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, passim

2) Wie weit dieses "oder" berechtigt ist, kann hier dahinstehen

eine "wertungsmäßige Zuordnung" zu verstehen ist.

Für die traditionell getrennten Bereiche der Auslegung, Lückenfüllung und Rechtsfortbildung bedeutet dies:

- Bei der "systematischen" Auslegung, die so zu erfolgen hat, daß die "in der systematischen Stellung zum Ausdruck kommenden Wertungen herausgearbeitet werden", erbringt die dadurch mögliche "Argumentation aus dem inneren System" besonders "durchschlagende" Argumente. Zwar könne man ebenso wie mit der Auslegung aus dem inneren System auch mit einer teleologischen Auslegung dieselben Ergebnisse erzielen; doch es sei nicht zu bezweifeln, daß diese Ergebnisse mit Hilfe der Argumentation aus dem System nicht nur einfacher, sondern auch "überzeugender" zu begründen seien.

Auch gebe es Fragen, für deren Lösung "nur noch" der Rückgriff auf systemimmanente Gesichtspunkte bleibe; das sei dann der Fall, wenn z.B. bei der leihweisen Überlassung eines Tieres nicht mit der Konstruktion eines vertraglichen Haftungsausschlusses oder der Annahme eines Mitverschuldens gearbeitet, sondern der Ausschluß der Haftung "auf den in den allgemeinen Lehren der Gefährdungshaftung entwickelten Gesichtspunkt der 'freiwilligen Interessenexponierung'" gestützt werde.

- Das gleiche gelte auch für die Lückenergänzung. Gerade hier würden die Systemelemente - die allgemeinen Rechtsprinzipien - ihre Leistungsfähigkeit aufweisen: indem bei der Entwicklung des inneren Systems die tragenden Grundwertungen und damit die Leitelemente der Rechtsordnung aufgedeckt würden, werde es möglich, "in einer Reihe von Fällen" Lücken festzustellen und sie dann auch zu schließen.

- Bei der Rechtsfortbildung erweise sich das innere System als "Wahrer" der wertungsmäßigen Einheit und

Folgerichtigkeit; es entfalte dabei sowohl konservative als auch dynamisierende Wirkungen: so habe es nämlich die "gewissermaßen negative Funktion", Wertungswidersprüche zu vermeiden und die "gewissermaßen positive Funktion, das Recht entsprechend dem inneren Gewicht (!) der in ihm enthaltenen systemtragenden Prinzipien fortzuentwickeln".

3.12.2.3. Engisch¹⁾ ("will man richtig systematisieren, so muß man die Natur des einzugliedernden Objektes erkannt haben, aber die systematische Einordnung selbst erleichtert die Erfassung jener Natur") faßt seine Analysen so zusammen:

(1) Das innere System²⁾ bringt ein sinnvolles Verhältnis der Prinzipien, Harmonie der Wertungen und Widerspruchslosigkeit der Normen.

(2) Das (diesem inneren System entsprechende) äußere System dient auch dem "rechten Verständnis" der einzelnen Rechtssätze. "Denn die systematische Anordnung gibt Anhaltspunkte (?) für den Sinn einer Vorschrift und leistet etwas (?) für ihre Auslegung, sinngemäße Ergänzung, Einschränkung oder Ausdehnung".

(3) Das wissenschaftliche System dient den gleichen Zwecken; "es bringt die Grundgedanken zum Vorschein, die in der Rechtsordnung selbst nicht oder nicht so offen vor Augen liegen und die dann als "Stützen der Rechtsfortbildung" benutzt werden können; denn eine "wohlgelungene systematische Einordnung hat meist auch sachliche Bedeutung. Sie impliziert eine rechtliche Qualifikation".

1) Sinn und Tragweite juristischer Systematik, insbesondere S. 188 f

2) "das innere System"!

3.12.3. Bewegen sich die vorstehenden Ausführungen auf viel zu abstraktem Niveau, als daß auf dieser Grundlage eine Urteilsanalyse begonnen werden könnte, so erscheint es angebracht, sich der Erkenntnis zu erinnern, daß die Leistungsfähigkeit eines theoretischen Ansatzes an nichts besser aufgezeigt werden kann als an konkreten Beispielen (Hoerster).

3.12.3.1. Den Nachweis, daß das Systemdenken die Jurisprudenz aus dem Bereich des "subjektiv Meinungsmäßigen" herausführe, daß es der Jurisprudenz "verbindliche Ansatzpunkte für ihre Argumentation" liefern könne, die "mit der Argumentation die Entscheidung" determinierten¹⁾, daß schließlich damit ein gewisses Maß an Sicherheit bei der Rechtsanwendung erreichbar werde und der Rechtsanwender folglich nicht Gefahr laufe, bei Zufallsergebnissen stehen zu bleiben, will Diederichsen an dem Fall führen, daß für eine Schuld des Schuldners S einmal der Eigentümer E eine Hypothek auf sein Grundstück genommen und zusätzlich der Bürge B sich dafür verbürgt hat. Kann nun der Schuldner S bei Fälligkeit an seinen Gläubiger G nicht zahlen, so erfolgt qua gesetzlicher Anordnung: befriedigt der E den Gläubiger G des S, so gehen gemäß §§ 1143, 1153 BGB Forderung und Hypothek und nach §§ 412, 401 BGB auch die Bürgschaftsforderung auf den E über. Zahlt dagegen der Bürge B an den Gläubiger G des S, so wird er gemäß §§ 774, 412, 401 BGB Inhaber von Forderung und Hypothek. Bei Zahlungsunfähigkeit des S wird also ein Wettlauf zwischen Eigentümer und Bürgen beginnen, da derjenige, der zuerst zahlt, sich bei dem anderen "erholen" kann.

Diederichsen zeigt nun, was ein Systemdenker (hier: Harry Westermann) in dieser Situation tut: er sieht

1) Diederichsen, Topisches Denken, S. 702 im Anschluß an Flume

in den Bestimmungen der §§ 774 Abs. 2, 426 BGB "den unvollkommenen Ausdruck eines allgemeinen Gedankens" und läßt dann "aus der Haftungsgemeinschaft eine Ausgleichsgemeinschaft entstehen". Damit soll - so Diederichsen - deutlich werden, was es leistet, wenn man "die verschiedenen Probleme des Sachenrechts nicht als unverbundene Einzelkomplexe ansieht, sondern im ganzen der Rechtsordnung ineinandergreifende und aufeinander abgestimmte Grundprinzipien erkennt". Das sei auch nicht verwunderlich; schließlich seien die sich aus der Interessenwertung ergebenden Rechtsbegriffe und Rechtssätze "innerlich aufeinander bezogen". Fazit: Zu Recht erscheint "auch im konkreten Werterlebnis" dem Juristen sein Fach als "sinnvolles Ganzes"¹⁾.

Sein besonderes Interesse gewinnt dieses Beispiel nun dadurch, daß in der juristischen Literatur ebenso angesehene Dogmatiker bei der Bewältigung dieser Problematik ebenfalls auf Systemabhängigkeiten rekurrieren, den Fall aber erstens anders lösen (man kann ja auch 1) nach dem Prioritätsprinzip entscheiden, 2) grundsätzlich den Bürgen oder 3) grundsätzlich den Eigentümer bevorzugen) und dabei zweitens auf andere Zusammenhänge abstellen:

- Baur²⁾: Die Lösung des hälftigen Ausgleichs befriedigt nicht; "im allgemeinen entspricht es dem vermutlichen Parteiwillen, den Bürgen erst 'in letzter Linie' zu belasten".

- Larenz³⁾: Der Bürge soll sich voll befriedigen können; für diese Auffassung "spricht die im Gesetz, vor allem in § 776, zum Ausdruck kommende Bevorzugung

1) Diederichsen, Topisches Denken, insbes. S. 698, 699

2) Baur, Lehrbuch des Sachenrechts, S. 355

3) Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts. S. 365

des Bürgen vor allen sonstigen Sicherern".

- Esser¹⁾): "Der Ausgleich nach Art von Gesamtschuld-
nern ist - im Zweifel - die gerechtere Lösung".

Das zeigt die Schwierigkeit (allerdings wird durch
dieses Beispiel sicherlich die Leistungsfähigkeit
des Systemansatzes deutlich: nur "Systematiker" sind
offenbar in der Lage, das Problem als solches über-
haupt auszumachen und dann darüber auch zu komuni-
zieren; nur ihnen ist es möglich, eine umfassende
Folgenanalyse durchzuführen und als Konsequenz zu
erkennen, daß es bei einer Entscheidung nach dem
Prioritätsprinzip für den Bürgen oder Grundstückse-
igentümer sinnvoll wäre, dem Gläubiger 180 % anzu-
bieten, weil dann immer noch ein Gewinn von 20 %
bliebe²⁾; nur Systematiker können hier alle genannten
Problemlösungen aufzeigen; sie allein vermögen schließ-
lich ein umfassendes Problemdenken anzustellen und
dabei alle jene Gesichtspunkte (Topoi) aufzugreifen,
die hier möglicherweise einschlägig sind, daher be-
dacht und deren Gewicht bestimmt werden muß. Inso-
fern kann man auch formulieren, daß erst für den
Systematiker topisches Denken möglich wird. Diese
Frage der Leistungsfähigkeit des Systemdenkens steht
allerdings im vorliegenden Zusammenhang nicht nur
Diskussion).

3.12.3.2. Besonders enttäuschend fällt auch die
Oberprüfung der Canaris'schen Thesen über "die Be-
deutung des Systems für die Rechtsgewinnung" anhand
der von ihm selbst gewählten Fälle aus.

1) Esser, Schuldrecht², S. 454

2) Pawlowski, Ausgleich, S. 124: der Hinweis auf
diese Alarmfolge verleitet allerdings Pawlowski
zu der Aussage, eine derartige Lösung widerspreche
daher "den (!) Prinzipien unseres Rechts".

So stellt sich z.B. für Canaris die sog. Anscheinsvollmacht als ein "systemwidriges Rechtsinstitut" dar. Nach der Irrtumsregelung des BGB bestehe nun einmal bei fehlendem Erklärungsbewußtsein allenfalls eine Haftung auf das negative Interesse (gem. § 122 BGB); es sei daher ausgeschlossen, für den Geschäftsherrn bei verschuldeter Unkenntnis vom Auftreten des falsus procurator eine Erfüllungshaftung zu konstruieren. "Die Irrtumsregelung des BGB setzt daher einer Rechtsfortbildung in dieser Richtung unübersteigbare Schranken".

Warum hier allerdings tatsächlich unübersteigbare Schranken existieren sollen, bleibt angesichts des Umstandes unerfindlich, daß die Rechtsprechung und die eindeutig herrschende Lehre diese Schranke längst überstiegen haben. Die "herrschende Meinung" hat hier - ohne Rücksicht auf irgendeine unüberwindbare Beschränkung - von einem Grundsatz (bei fehlendem Erklärungsbewußtsein Haftung nur auf das negative Interesse) einfach eine Ausnahme gemacht. Das ist ein ganz normaler Vorgang; denn es ist eine längst bekannte Tatsache, daß alle rechtlichen Grundsätze von anderen durchkreuzt und eingeschränkt werden, so daß jedesmal eine Entscheidung getroffen werden muß, die darüber befindet, welcher Grundsatz im Einzelfall dem anderen vorgehen soll¹⁾. Diese Entscheidung hat die "herrschende Meinung" getroffen; sie war selbstverständlich allein von materialen Wertungsgesichtspunkten abhängig; unübersteigbare Schranken waren nirgends ersichtlich.

Aber auch Canaris selbst hat natürlich keine Schwierigkeiten, diese Annahme einer Ausnahme vom Grundsatz zu rechtfertigen; man brauche ja das Institut der Anscheinsvollmacht nur so zu fassen, daß es als "eng umgrenzte, sachlich begründbare" Ausnahme "von dieser grundsätzlichen Entscheidung des Gesetzgebers" erscheine²⁾.

1) Für alle: Engisch, Systematik, S. 176

2) Canaris, Systemdenken, insbes. S. 98; man beachte: "erscheine"!

Ein weiteres Beispiel betrifft den Einfluß von "systemtragenden", für bestimmte Rechtsgebiete "sinnkonstitutiven" allgemeinen Prinzipien. Dabei geht es um folgendes Verfahren: hat man ein allgemeines Prinzip herausgearbeitet, "insbesondere sein rechtsethisches Gewicht und seine positiv-rechtliche Ranghöhe" erfaßt, so kann dies zu einer "ungeahnten" Fortbildung des Rechts führen. Ein solches Prinzip gebiete dann auch auf der Grundlage des Gleichheitssatzes "in vielen Fällen die Anerkennung ungeschriebener Normen".

Daher sei auch nicht verwunderlich, daß "sich" aus "scheinbar eng umgrenzten Einzeltatbeständen wie z.B. den §§ 122,179,307 BGB oder den §§ 171,172, 405 BGB oder § 242 BGB neue systemtragende Institute gebildet" hätten: "ihrem inneren Gewicht nach sind die in jenen Vorschriften verkörpertten Wertungen 'allgemein', und es konnte daher nicht ausbleiben, daß sie über kurz oder lang System und Inhalt des geltenden Rechts maßgeblich beeinflussten"¹⁾.

Dazu ist zweierlei anzumerken. Erstens vermag der realistische Betrachter des Rechtsfindungsprozesses leicht nachzuweisen, daß dieses von Canaris beschriebene Verfahren tatsächlich ganz anders abläuft. Esser hat die darin liegende "zweckgerichtete Interpolationstechnik" aufgezeigt, welche einzelne Gesetzesstellen als stellvertretenden Ausdruck für ein Prinzip oder einen allgemeinen Rechtsgrundsatz ausbeutet, um sie dann "je nach dem Bedarf des Rechtslebens als 'die' Prinzipien" des Gesetzes ausweiten zu können²⁾.

In Wahrheit - so Esser - unterschiebe man kasuistisch gewonnene Einsichten und Erfahrungen dem Gesetz, um sie dann als Obersätze des Systems deduktiv auszuwerten

1) Canaris, Systemdenken, S. 99,100

2) Esser, Grundsatz und Norm, S. 161 ff

zu können; so verrate denn auch bei der offiziellen Verankerung eines solchen allgemeinen Rechtsgedankens im Text die rein zufällige Wahl der Gesetzesstelle "den wahren Verlauf solcher 'systematischer' Anknüpfungen".

Zweitens ist überhaupt nicht einzusehen, was ein solcher Prozeß, also der Aufbau allgemeiner Rechtsprinzipien auf der Grundlage einer breiten Kasuistik und die Lösung neuer, in den relevanten Aspekten wertungsmäßig gleichliegender Fälle mithilfe dieser Prinzipien, mit einem wie immer gearteten Systemdenken gemeinsam haben soll. Dabei handelt es sich doch um nichts anderes als die (von Bacon systematisch begründete) induktive Methode, bei der man von den Einzelfällen zu den allgemeinen Einsichten fortschreitet, um mit deren Hilfe schließlich neue Fälle zu lösen. Das Problem liegt hier in der Gefahr vor-schneller Verallgemeinerungen und bei den Schwierigkeiten des analogischen Rechtsdenkens; der Rechtsfinder muß hier in der Tat vernünftig mit seinen Prinzipien umgehen; welchen Einfluß dabei "das System" ausübt, bleibt bei Canaris ungeklärt¹⁾.

Außerordentlich fragwürdig erscheint schließlich folgendes drittes Beispiel; es läßt deutlich werden, wie ernst Canaris selbst sein Systemdenken nimmt, nämlich dann, wenn er selbst in dem Zwiespalt zwischen "formaler Systemrichtigkeit" und materialer Sachgerechtigkeit steht.

Es geht um den gutgläubigen Erwerb eines Werkunternehmerpfandrechts nach § 647 BGB. Die "herrschende Meinung" lehnt einen solchen Erwerb ab, und zwar (auch) mit dem Systemargument, bei Erwerb kraft Gesetzes komme ein Gutgläubensschutz nicht in Betracht.

1) vgl. auch die Kritik bei Wieacker, Systemdenken, S. 114 f

Dieses Systemargument bildet nun zunächst für Canaris (mit Einschränkungen) eine "unübersteigbare Schranke". Aber er weiß sich zu helfen: das gesetzliche Pfandrecht des § 647 BGB (bei dem also grundsätzlich ein gutgläubiger Erwerb ausgeschlossen ist) sei nicht etwa ein gesetzliches Pfandrecht, sondern "in Wahrheit lediglich ein gesetzlich typisiertes, rechtsgeschäftliches Pfandrecht"; damit werde dann aber ein gutgläubiger Erwerb ohne weiteres möglich; die unübersteigbare Schranke ist weggeräumt. Auf eine explizite Kritik kann an dieser Stelle verzichtet werden; Canaris würde ihr wohl entgegenhalten, es handele sich um einen vollends unkritischen, aber dadurch sehr beliebten Einwand, das so vollzogene Systemdenken als "begriffsjuristisch" und daher als "überholt" abzutun¹⁾.

3.12.4. Es ist insbesondere das letzte Beispiel, das den Nachweis dafür erbringt, wie einfach es gelingen kann, Widersprüche im System zu beseitigen: eine einzige Zusatzannahme genügt, um trotz systemwidriger Entscheidung die Einheit des Systems zu wahren. Diese Erkenntnis dürfte dann den Schluß zulassen: kein Jurist (und auch kein engagierter Systemdenker) wird sich davon abhalten lassen, Widersprüche zum bisherigen System hinzunehmen, wenn sachliche Gründe bzw. materiale Richtigkeitskriterien dies notwendig machen.

Damit aber ist die Urteilsanalyse insoweit vorbereitet, als sie der Frage nachgehen kann, wieweit die Richter der Gefahr erliegen, sich unreflektiert von vordergründigen Systemzwängen leiten zu lassen.

1) Canaris, Systemdenken, S. 87

Unklar ist an dieser Stelle aber immer noch, was es denn eigentlich mit "dem" Systemdenken auf sich hat. Da trotz der anschaulichen Beispiele sich die Diskussion auf immer noch zu hohem Abstraktionsniveau bewegt, soll nunmehr der Systembegriff verlassen und stattdessen der Versuch unternommen werden, Gefahrensituationen und Schwierigkeiten exemplarisch an den zentralen Topoi des Systemdenkens, nämlich Widerspruchsfreiheit und Einheit der Rechtsordnung, zu ermitteln.

3.12.4.1. Knüpft man an die Canaris'sche Vorstellung von der "inneren Einheit" an, so soll diese in ihrer positiven Komponente (die negative Komponente zielt auf die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung; dazu sogleich) nichts anderes "als die Verwirklichung der 'generalisierenden Tendenz' der Gerechtigkeit darstellen, die den Aufstieg von der Fülle der im konkreten Fall möglicherweise relevanten Aspekte zu wenigen abstrakten und generellen Prinzipien fordert". Dadurch sei gewährleistet, daß die Ordnung des Rechts nicht in eine Vielzahl von unzusammenhängenden Einzelwertungen zerfalle, sondern vielmehr eine "Einheit" darzustellen vermöge¹⁾.

Wenn damit das empirische Faktum angesprochen ist, daß jedes noch so problemorientierte reasoning from case to case zur Erhaltung der Entscheidungsfähigkeit auf systematische Leitgedanken angewiesen ist, so ist das sicher eine richtige Feststellung (weil empirisch verifizierbar; dazu Essers "Grundsatz und Norm"). Wenn aber damit dem Einheitsgedanken irgendeine Bedeutung für die Rechtsfindung zugeschrieben werden soll, so ist Vorsicht am Platze. Zum einen hat schon Ehrlich davor gewarnt, der Vorstellung der Einheit des Rechts zuliebe den begriffsjuristischen Kunstgriff

1) Canaris, Systemdenken, S. 17

anzuwenden, einen Rechtssatz, Rechtsgrundsatz oder ein allgemeines Prinzip "ohne scheinbar daran etwas zu ändern, auf eine Einrichtung oder einen Interessengegensatz anzuwenden, dem er (bzw. es) nicht zugedacht war"¹⁾.

Aber selbst dann, wenn man dieser Gefahr nicht erliegt, so ist doch nicht zu leugnen, daß in der gesamten Rechtsmasse Nicht-Einheitlichkeiten ohne weiteres hingenommen werden (müssen)²⁾; schließlich sind Nicht-Übereinstimmungen für die Gewinnung der Entscheidungsnorm ebenso wichtig wie die Übereinstimmungen: "Es ist nicht die Aufgabe der praktischen Rechtswissenschaft, nur Einheit zu schaffen und die Verschiedenheiten auszuschalten"³⁾. Ebensovienig hilfreich erscheint es, die Idee der Einheit mit der des Ganzen zu verbinden, das bei jeder Rechtsfindung zur Anwendung kommen müsse. Denn jenes Ganze dürfte ein derart komplexes Gemenge von verwendungsfähigen Ansatzpunkten beinhalten, daß nicht ersichtlichlich ist, welche Entscheidungsmöglichkeiten das "Ganze" ausschließen sollte. Insofern scheint es sich tatsächlich nicht zu lohnen, das "große dialektische Rätsel des Einen und Vielen, das (schon) Plato als das Widerfahrnis des Logos in Atem hielt"⁴⁾, weiterzuverfolgen; in diesem Zusammenhang findet sich allein eine ubiquitäre Metaphorik: die Rechtsordnung müsse als Einheit gesehen werden, "als Gesamtsystem, in welchem verschiedene Teile sich gegenseitig 'ausbalancieren'"⁵⁾.

1) Ehrlich, Logik, S. 142 ff, 144

2) Dubischar, Vorstudium, S. 76

3) Heck, Begriffsbildung, S. 152

4) Gadamer, Wahrheit, S. 433

5) Noll, Gesetzgebungslehre, S. 161

3.12.4.2. In erster Linie zielt denn auch der Gedanke der Einheit auf das Prinzip der Widerspruchsfreiheit¹⁾. Wie immer man dieses begründet - als Axiom der Ontologie, als oberstes Prinzip der Logik, als moralisches oder rechtsstaatliches Postulat²⁾: das Widerspruchsfreiheitsprinzip kann nicht ohne die "äußerst unangenehme" Konsequenz beseitigt werden, daß dann beliebige Behauptungen möglich werden³⁾. Für den Juristen liegt die Besonderheit zunächst darin, daß er zwischen drei Arten von Widersprüchen zu unterscheiden hat - zwischen dem logischen, dem axiologischen und dem teleologischen Widerspruch.

3.12.4.2.1. Der logische Widerspruch hat zunächst tatsächlich etwas mit Logik zu tun. Das ist kein selbstverständlicher Hinweis; denn lange Zeit haben Juristen von der Jurisprudenz als einer logischen Disziplin geredet, ohne daß ihr Handeln tatsächlich im Hinblick auf irgendeinen spezifisch juristischen Gesichtspunkt von der (klassischen) Logik diszipliniert worden wäre. Die Terminologie 'juristische Logik' sollte allerdings in der Blütezeit der Inversionsjurisprudenz die Fähigkeit des Richters vortäuschen, in jedem einzelnen Konfliktfall die Entscheidung vom Gesetzgeber übernehmen und somit ohne jedes eigene Dazutun auskommen zu können. Bei dem Versuch der Entwicklung einer juristischen Logik wollte man also auch keine Logik, sondern eine Technik erfinden, die die Bindung des Richters ans Gesetz bzw. die Schaffung eines eindeutigen, sicheren, den Parteien vorhersehbaren Urteils ermöglichen sollte.

1) Engisch, Einführung⁵, S. 156; Weinberger, Rechtslogik, S. 213

2) Berkemann, Widerspruchsfreiheit, S. 188

3) Popper, Logik, S. 59; Albert, Traktat, S. 43

Insofern ging es auch dieser Inversionsmethode, mit deren Hilfe man dann doch dem Rechtssatz nicht mehr Entscheidungen abpressen konnte, als vorher in ihn hineingelegt worden waren, tatsächlich überhaupt nicht um eine noch so exzessive Anwendung der klassischen Logik¹⁾, sondern allein um "stupidity"; denn der Irrtum des begriffsformalistisch verfahrenen Richters liegt darin, daß er einem allgemeinen Begriff eine Auslegung gibt, die für soziale Folgen und Werte blind ist.

Im Zusammenhang mit diesem logischen Widerspruch wird die Urteilsanalyse - angesichts des geringen Entscheidungsmaterials, in dem dem logischen Widerspruch tatsächlich irgendeine besondere Bedeutung zukam - das richterliche Selbstverständnis in bezug auf die Rolle der (klassischen) Logik zu ermitteln versuchen.

Instruktiv dafür sind z.B. das Zitat BGHZ 30,195,200 (Es ist ... aus Gründen der Logik ... wünschenswert ...) und folgendes Beispiel aus einer Logik für Juristen: Schneider²⁾ erörtert den Fall, daß einem Gruppenleiter in einem Heim für schwer erziehbare Kinder der Vorwurf gemacht wird, er habe sich an ihm anvertrauten Jungen vergangen; in der Hauptverhandlung hat dieser sich dahin eingelassen; er habe die Jungen von der bereits begonnenen oder erwarteten Selbstbefriedigung abbringen wollen; die Strafkammer hat ihm dies abgenommen und auf Freispruch erkannt. Dazu Schneider: Dieser Fall liegt "hart an der Grenze des Widerspruchsvollen".

1) Tammelo/Schreiner, Rechtslogik, S. 8

2) Schneider, Logik für Juristen, S. 225 f

3.12.4.2.2. Im Mittelpunkt der juristischen Diskussion steht allerdings die Problematik des Wertungswiderspruchs. Dieser Widerspruch liegt nach der bekannten, allgemein akzeptierten Definition Engischs dann vor, wenn Gesetzgeber oder Richter den von ihnen selbst vollzogenen Wertungen nicht treu bleiben und also mit ihren eigenen Wertungen in Konflikt geraten¹⁾. Damit stehen diejenigen Disharmonien (Engischs Prinzipienwidersprüche) in engem Zusammenhang, die dadurch entstehen, daß an der Ausgestaltung der Rechtsordnung verschiedene Grundgedanken beteiligt sind, und bei deren Anwendung der Richter im Einzelfall ebenfalls vor der Möglichkeit widersprüchlichen Entscheidens steht²⁾. Allgemein sei die Gefahr des Auftretens solcher durch Widersprüche oder Disharmonien hervorgerufenen Systemwidrigkeiten dann gegeben, wenn in ein geistiges Gebäude, das auf bestimmten Grundgedanken errichtet sei, später ein Gedanke eingeführt werde, der aus einem entgegengesetzten Grundgedanken folge.

Damit stellen sich die entscheidenden Fragen dahin: wann liegt erstens ein solcher Wertungswiderspruch vor, und was ist zweitens zu tun, wenn im konkreten Fall die Gefahr der Verwicklung in einen solchen Wertungswiderspruch auftaucht.

Bereits die erste Frage ist außerordentlich schwierig zu beantworten, was schon daran unmittelbar einsichtig wird, daß Engisch zwischen "unzulässigen Systemwidrigkeiten" und "statthaften Abweichungen vom System" unterscheidet³⁾ und daß Canaris sich genötigt sieht, mithilfe einer Widerspruchstypologie noch weitere Differenzierungen vorzunehmen; Canaris unterscheidet

1) Engisch, Einführung⁵⁾, S. 160

2) ders., a.a.O., S. 162

3) ders., Systematik, S. 178

die Wertungsdifferenzierungen, die immanenten Schranken eines Prinzips, die Prinzipienkombinationen, die Prinzipiengegensätze und schließlich die echten Wertungs- bzw. Prinzipienwidersprüche¹⁾.

Nach Canaris liegt nur im letzten Fall ein "echter" Widerspruch vor; dieser besteht demgegenüber nicht: bei den Wertungsdifferenzierungen, weil diese Unterschiede "sachlich gerechtfertigt sind"; bei den immanenten Schranken, da hier nicht ein Prinzip dem anderen entgegenwirkt, "sondern nur dessen wahren Sinngehalt deutlich" macht; bei einer Prinzipienkombination, da hier zwar entschieden werden muß, welches Prinzip im Einzelfall dem anderen vorgeht, beide Prinzipien aber dennoch "in Wahrheit" nicht miteinander in Konflikt geraten, sondern als "relevante" Prinzipien "zusammenwirken". Auch bei der vierten, nach Canaris wichtigsten Gruppe, liege nur ein "Gegensatz" vor; denn es gehöre gerade zum Wesen der Wertungsgrundsätze und Prinzipien, daß sie miteinander in Konflikt geraten könnten. Daher gehe es hier nur um die wechselseitige Beschränkung der Prinzipien, bei der man also nicht von einem Widerspruch sprechen könne.

"Denn ein Widerspruch ist immer etwas, was eigentlich (!) nicht sein sollte und daher nach Möglichkeit beseitigt werden muß"²⁾. "Die ... Prinzipiengegensätze (gehören) notwendig zum Wesen einer Rechtsordnung ... und (geben) dieser erst ihre ganze Sinnfülle"³⁾.

Nach dieser Abgrenzung drängt sich natürlich die Frage auf, wann denn nun eigentlich der "echte" Widerspruch

1) Canaris, Systemdenken, S. 113 ff

2) ders., Systemdenken, S. 115

3) ders., Systemdenken, S. 115

vorliegt. Dafür gibt Canaris die wenig befriedigende Antwort: Bei denjenigen Wertungswidersprüchen, die "die innere Folgerichtigkeit und Einheit der Rechtsordnung stören und die daher grundsätzlich vermieden bzw. beseitigt werden müssen"¹⁾.

3.12.4.2.3. Neben dem logischen und axiologischen steht schließlich der - wohl seltenere - teleologische Widerspruch; er soll dann vorliegen, wenn die Anwendung der einen Entscheidungsnorm den Zweck einer anderen Entscheidungsnorm vereiteln würde²⁾; das kann sowohl direkt erfolgen als auch dadurch, daß die eine Entscheidungsnorm gerade diejenige Maßnahme verbietet, durch die der Zweck der anderen Entscheidungsnorm erst verwirklicht werden kann³⁾. Als Beispiel bringt Noll den Fall, daß im Strafvollzug resozialisierende Vorschriften mit entsozialisierenden konkurrieren; die Faktizität von teleologischen Widersprüchen wird also überdeutlich. Da es außerdem zu einer "gut gesicherten These der Soziologie" gehört, daß alle Aktionssysteme ihr Handeln durch mehrere, miteinander nicht vereinbare Zwecke programmieren⁴⁾, so ist es auch nicht weiter verwunderlich, daß die teleologischen Widersprüche ihr Schicksal mit den axiologischen teilen: sie sind zwar "unbefriedigend, erschüttern darum (aber) im allgemeinen noch nicht die rechtliche Geltungskraft der einschlägigen Regelungen"⁵⁾.

1) Canaris, Systemdenken, S. 116

2) Noll, Gesetzgebungslehre, S. 208

3) Engisch, Einführung⁵⁾, S. 161

4) Dazu Luhmann, Zweckbegriff, S. 156 ff

5) Engisch, Systematik, S. 178

3.12.5. Damit erscheint die Urteilsanalyse in ausreichendem Maße vorbereitet: es werden diejenigen Situationen zu untersuchen sein, in denen die Richter nicht systemkonform und in denen sie systemkonform entscheiden. Dabei ist der letztere Fall der interessantere: in diesem Zusammenhang kann der Frage nachgegangen werden, wieweit sich die Richter unkritisch von Systemzwängen leiten lassen und ob sie insbesondere bei Ausscheiden einer Entscheidungsalternative wegen eines Widerspruchs im System allein von diesem Widerspruch ihre Entscheidung abhängig machen.

3.13. STANDARDS

Im Bereich der sog. Standards, dieser "Rechtsnormen, die eine Verweisung auf common sense, Anschauungen und Verhaltensweisen des 'normalen' Verkehrs enthalten"¹⁾, dieser "Leitbilder, an denen sich das soziale Verhalten orientiert"²⁾, dieser "realen, in der sozialen Wirklichkeit akzeptierten Normalmaßstäbe korrekten sozialen Verhaltens"³⁾ - im Bereich dieser Standards also sind keine tiefgreifenden Meinungsverschiedenheiten darüber ersichtlich, wie der Richter bei deren Ausfüllung vorgehen soll und in welchen Bindungen er dabei steht. Muß der Richter somit einen aktuellen Konfliktsfall vor dem Hintergrund eines Standards wie dem des anständigen Mieters, des treuen Arbeitnehmers, des lauterer Wettbewerbers, des verfassungs-

1) Esser, Grundsatz und Norm, S. 96

2) Zippelius, Methodenlehre, S. 66

3) Strache, Denken, S. 16

treuen Beamten oder des fairen Gebrauchtwagenhändlers entscheiden, so erhält er von der juristischen Literatur die folgenden methodischen Anweisungen.

Unproblematisch seien zunächst - wie immer - die sog. Extremfälle; auch bei noch so allgemeinen Standards gebe es offenbare und nicht weiter zu diskutierende klassische Beispiele¹⁾. Im übrigen habe der Richter, da es ja nicht nur um ein Verhalten von bloß "durchschnittlicher lebensstypischer Normalität" gehe²⁾, in einem Verfahren der "kontrollierenden Rezeption" auf empirisch gesicherte soziale Normen zurückzugreifen und diese dann an "Rechtsnormen, Rechtsprinzipien und Wertmaßstäben der Verfassung" zu messen³⁾. Allgemein müsse man daher mit "common sense" und "expert intuition"⁴⁾ an die Sache herangehen. Gefordert werde daher für "den rechten Vollzug des Standarddenkens" vor allem "kritische Offenheit: Empfänglichkeit gegenüber dem, was aus den tradierten Leitbildern spricht, wie gegenüber der Eigenart des aktuellen Sachverhalts"⁵⁾.

Die hier "zu fordernde Evidenz" werde gewonnen "im rechten, durch illegitime ... Vorurteile ungestörten Vollzug dieses Kreislaufs zwischen Leitbildern - akzeptierter Autorität und bewahrter Tradition - und aktuellem Fall"⁶⁾.

Im einzelnen hat insbesondere Larenz versucht, für den Konkretisierungsprozeß einige Leitlinien fest-

1) Hart, Begriff des Rechts, S. 182 ff

2) Dubischar, Vorstudium, S. 85

3) Teubner, Standards, S. 91

4) Strache, Denken, S. 105 unter Hinweis auf Pound

5) ders. a.a.O., S. 107

6) ders., a.a.O., S. 108

zumachen.¹⁾ Er geht (unter Hinweis auf Teubner) von der empirischen Feststellung aus, daß die Rechtsprechung "längst" dazu übergegangen sei, die "herrschende Sozialmoral" an den "grundlegenden Wertmaßstäben der Rechtsordnung, insbesondere der Verfassung, zu messen" und dabei im übrigen auch auf "spezifisch rechtliche Wertungsmaßstäbe" und auf von ihr selbst gesetzte, richtungsweisende Vorentscheidungen rekurrieren könne²⁾. Auch das Gesetz gebe häufig Anhaltspunkte; so insbesondere dann, wenn es für den Maßstab der Fahrlässigkeit nicht auf die übliche, sondern auf die im Verkehr erforderliche Sorgfalt verweise. Des weiteren könnten wiederum - im Hinblick auf den Maßstab der erforderlichen Sorgfalt - Fixpunkte anvisiert werden; nämlich z.B. Vermeidung der Schädigung anderer; Rücksicht auf das Können des Handelnden; Rücksicht auf das erlaubte, weil im Verkehr nicht ganz zu vermeidende Risiko. Schließlich sei es auch zulässig, weil unvermeidlich, daß der Rechtsfinder auf die Rechtsfolge vorausblicke; geht es doch bei der Konkretisierung des Fahrlässigkeitsmaßstabes darum, ob das Verhalten nach der gesetzlichen Wertung eine Verantwortlichkeit zu begründen vermag und somit zuletzt also darum, "welche Rechtsfolge hier im Sinne des Gesetzes angemessen ist".

Angesichts dieses Bündels von Anweisungen kann die breite Einigkeit darüber nicht verwundern, daß die Richter in besonderem Umfang bei der Ausfüllung dieser Standards über die Maßstäbe selbst befinden, da dem Gesetzgeber angesichts der ungeheueren Verschiedenheit möglicher Fälle, in denen z.B. Sorgfalt

1) Larenz, Methodenlehre³, S. 274 f am Beispiel der "guten Sitten" und der "herrschenden Sozialmoral"; zu der hier einschlägigen Unterscheidung zwischen Standards und Direktiven vgl. Teubner, Standards, S. 48 f; für die vorliegende Abhandlung geht es an dieser Stelle allein um den Standard-Begriff, der also auf "Normalverhalten" abzielt.

2) so auch Esser, Grundsatz und Norm, S. 97

verlangt wird, gar nichts anderes übrig blieb, als den Richtern die Normgestaltung zu überlassen bzw. ihnen offen einen Regelungsauftrag zu erteilen. Dennoch warnen alle genannten Autoren in außerordentlicher Eindringlichkeit vor der irrigen Annahme, an dieser Stelle könne sich richterliche Willkür bindingslos austoben.

Neben allgemeinen Bemerkungen (Je höher der Geltungsgrad, also der Grad der Konformität, der Erwartung, der Sanktionsbereitschaft und der Legitimität ist, um so eher ist der Richter gebunden¹⁾). Beim Standard ist der Blick gleichsam rückwärts gewandt, standardmäßiges Verhalten ist Erfüllung einer an die Vergangenheit geknüpften Erwartung²⁾) findet sich insbesondere bei Esser die Bemühung um den Nachweis, daß der Richter weder hier noch in irgendeinem anderen Bereich vor der ungebundenen Wahl steht und somit auch hier nicht freigestellt ist "von der allgemeinen rechtlichen Entscheidungsrückbindung an die Regelhaftigkeit normativer Gleichbehandlung und an die proportionale Berücksichtigung rechtlich anerkannter Schutzgüter und Werte"³⁾. Esser betont dabei den normativen Charakter der vom Richter aufzustellenden Standard-Anforderungen und stellt klar, daß der Richter über diese Anforderungen selbst befindet. Der Richter könne aber diese Feststellung nur vornehmen "im Rückgriff und unter Rückbildung zu Erwartungsvorstellungen und Pflicht- oder Zurechnungsmaßstäben, die sich außerrechtlich in der Gesellschaft gebildet" hätten. Er greife daher durch auf "soziale Anschauungsmaßstäbe und könne folglich überhaupt nur auf solche Handlungsmuster rekurrieren, die "in der Anschauung der aktuellen Sozialwirklichkeit" einen Rückhalt fänden. Inso-

1) Teubner, Standards, S. 91

2) Strache, Denken, S. 16 f

3) Esser, Vorverständnis, S. 66

fern ergebe sich auch eine Abhängigkeit des Richters von der "positiven Resonanz" im "Umweltbewußtsein", in der der Standard als angemessen und notwendig verstanden werde¹⁾.

Insgesamt wird vor diesem Hintergrund die Urteilsanalyse Antworten auf die Frage geben müssen, wie die Richter diese Maßstäbe ermitteln, wer es ist, der diese Maßstäbe setzt und ob bzw. wie schließlich die positive bzw. negative Resonanz im Umweltbewußtsein von den Richtern erfaßt wird.

3.14. TATSACHEN

Es wird kein Zweifel darüber bestehen, daß Richter immer dann, wenn sie auf Fakten abstellen - sei es bei Tatfragen oder empirischen Tatbestandsbegriffen; sei es bei Folgenerwägungen oder allgemein dann, wenn Tatsachenurteile die Auswahl zwischen Normvarianten beeinflussen²⁾ -, diese Fakten nicht erfinden³⁾ oder sich in die Rolle von Orakeln begeben dürfen. Ebenso wenig hat sich auch gegen die Schelsky'sche Thesen Kritik erhoben, wonach die soziale Wirklichkeit von den durch Gymnasium und juristisches Repetitorium Gebildeten ohne systematische Realitätsinformierung nicht mehr erfaßt werden kann; die so Gebildeten können "in eigener Urteils kraft nur sehr begrenzte und subjektiv zufällige Teile der sozialen Wirklichkeit übersehen, urteilen aber juristisch vielfach wirklichkeitsblind über Lebensbereiche und ihre Regelungen, ohne die

1) Esser, Vorverständnis, S. 67 f

2) Dazu Winter, G., Tatsachenurteile im Prozeß richterlicher Rechtsetzung, in: Rechtstheorie 1971, S. 171 ff

3) Einige Beispiele zur landläufigen Form der Fakten-erfindung gibt Scheuerle, Finale Subsumtionen, AcP 167 (1967), S. 305, 332 ff

Erfahrungen, Interessen, Leiden und Lasten der darin unmittelbar tätigen Menschen überhaupt noch zu kennen"¹⁾. Von daher scheinen Warnungen nur allzu berechtigt zu sein, die die Richter sensibel machen wollen für die Rückgriffe auf häufig widersprüchliche, pauschale und überzogene Vorstellungskomplexe (Alltagstheorien)²⁾, mit denen sie Gefahr laufen, Rechtsfindungsprozesse auf äußerst geringes Niveau zu bringen.

Noch interessanter wird dieser Fragenkreis bei der Lektüre von Abhandlungen, die sich kritisch mit richterlichen Alltagstheorien auseinandersetzen; darin finden sich "zumeist" solche Äußerungen: "zumeist(!) sind diese Theorien nicht geprüft, oftmals (!) halten sie einer sozialwissenschaftlichen Kritik nicht stand"³⁾; warum es sich bei allerdings bei dieser Feststellung nicht ebenfalls um eine Alltagstheorie handelt, bleibt "oftmals" ungeklärt.

Aus all dem folgt: wenn man fundierte Kritik üben und dabei konkrete Veränderungen des richterlichen Entscheidungsverhaltens erreichen will, muß man konkrete Urteile nach Zufallskriterien auswählen, die als richtig unterstellten Fakten sammeln und dann endlich einmal empirisch untersuchen, ob die aufgestellten Behauptungen der Richter haltbar oder unhaltbar sind. Dieser Mühe hat sich bisher noch niemand unterzogen; kein Beispiel ist m.E. weniger überzeugend als das immer wieder zitierte von der 30 Mal vorbestraften Prostituierten, die einen betrunkenen Bargast die Geldbörse aus der Tasche zieht, diese an ihren Freund weitergibt und dann hinterher

1) Schefsky, Sozialwissenschaftliche Ausbildung, S. 411

2) Dubischar, Vorstudium, S. 167

3) so Rottleuthner, Eigenständigkeit, S. 206

nicht sagen kann, warum sie sie weggenommen hat¹⁾.

Auch die vorliegende Abhandlung wird diesem Problemkreis wegen der dafür erforderlichen breiten empirischen Untersuchungen nicht weiter nachgehen können; sie vermag allein richterliche Tatsachenbehauptungen zu sammeln und dann im Hinblick darauf die Frage stellen, für welche dieser Behauptungen es volkswirtschaftlich vertretbar wäre, empirische Untersuchungen in Auftrag zu geben.

E X K U R S

3.15. ZWECKMÄßIGKEIT UND PRAKTIKABILITÄT

Es handelt sich um allgemeine Rechtsgrundsätze, die besonders herausgestellt werden sollen, weil an ihnen in erhöhtem Maße sichtbar wird, wie gesetzlich nirgendwo genannte Grundsätze alle Rechtsgebiete in entscheidendem Maße durchziehen²⁾ (für Engisch gehören Zweckmäßigkeit, Gerechtigkeit und Rechtssicherheit zu den "allerhöchsten Grundsätzen jeden Rechts"³⁾). Spezifische, diesen Grundsätzen immanente Schwierigkeiten sind allerdings nicht vorhanden.

3.16 GEWOHNHEITSRECHT

In den untersuchten Urteilen konnte nur ein einziger Fall gefunden werden, in dem offen auf anerkanntes Gewohnheitsrecht abgestellt wurde; eine Generalisierung dieses singulären Beispiels ist natürlich nicht möglich.

1) Rottleuthner, Eigenständigkeit, S. 193; das Beispiel stammt von Opp, Soziologie im Recht, 1973, S. 84 f.

2) Struck, Jurisprudenz, Topos 48, S. 31 f

3) Engisch, Einführung, S. 163

4. RICHTERLICHES ENTSCHEIDUNGSHANDELN

4.1. ALLGEMEINER RECHTSGRUNDSATZ (incl. Maxime, Prinzip, überhistorische Rechtswahrheit)

Nach kurzem Hinweis auf die erstaunliche Vielschichtigkeit der von der Rechtsprechung verwendeten verschiedenartigsten Grundsätze und grundsätzlichen Erwägungen -

BGHZ 9,164: Das Recht hat dem Leben zu dienen und muß die entsprechenden Formen zur Verfügung stellen; BGHZ 13,298: Nackte Gewalt setzt nicht Recht und zerstört auch nicht Recht. Ex iniuria non oritur ius; BGHZ 6,396: Wenn die Parteien ... eine Bürgschaft gewollt haben, wobei das Berufungsgericht noch besonders hervorhebt, daß beide Vertragsparteien bei Abfassung des Vertrages von Juristen beraten gewesen seien, dann müssen auch die rechtlichen Wirkungen dieses Vertrages nach den Vorschriften über die Bürgschaft beurteilt werden; OLGZ 66,395: Im übrigen würde eine Gerichtspraxis, welche mit zwingenden Verböten des Gesetzes zum Zwecke des Schuldnerschutzes unvereinbar wäre, kein Recht schaffen können; BGHZ 41,327: Ebenso wenig enthält es einen Verstoß gegen die Menschenwürde, wenn der Schuldner die Folgen seines Versagens zu tragen hat, auch wenn sie schwerwiegend sein mögen; BGHZ 19,75: Eine allgemeine sittliche Verpflichtung einer Partei, von der Ausübung eines Rechtes dann abzusehen, wenn sie den Vertragsgegner schädigt, besteht ... nicht (weitere Beispiele: OLGZ 66,100; 68,411; BGHZ 7,143; 31,229; 32,77; 32,95)¹⁾-

können nunmehr die Ergebnisse der im Hinblick auf die Problemkreise Rechtfertigung, Konkretisierung, Auswahlproblematik und Prinzipienwiderspruch durchgeführten Urteilsanalyse wie folgt vorgestellt werden.

1. Zum Fragenkomplex Rechtfertigung lassen sich vier Thesen vertreten:

1) Zitate aus dem analysierten Entscheidungsmaterial sind engzeilig gedruckt

1.1. Die Richter halten es in vielen Fällen für nicht erforderlich, die von ihnen aufgestellten Grundsätze bzw. grundsätzlichen Erwägungen überhaupt zu rechtfertigen.

OLGZ 69,146: Zwar besteht der Grundsatz, der Unterschreibende sei so zu behandeln, als habe er alles, was er unterschrieben habe, auch gelesen und gebilligt;

BGHZ 7,207: Gegen die Geltendmachung der Haftungsansprüche läßt sich auch nicht einwenden, wer einen anderen auffordere, auf seine Gesundheit in einer bestimmten Weise einzuwirken (hier: Schwangerschaftsabbruch), handele arglistig und verstoße gegen Treu und Glauben, wenn er aus eben dieser von ihm gewünschten Einwirkung Schadensersatzansprüche herleite, solange sie sich in dem gewünschten Rahmen hält. Auch diese Berufung auf Treu und Glauben muß demjenigen versagt werden, der in so schwerer Weise gegen eine Vorschrift des Strafgesetzbuches verstößt.

BGHZ 22,380: Auch im Versicherungsrecht - und gerade dort - gilt der Grundsatz des § 242 BGB, der es verbietet, sittlich berechnete Forderungen unter Ausnutzung einer formalen Rechtsstellung wider Treu und Glauben abzulehnen.

BGHZ 37,78: Ein Gesellschafter, der während des Gründungsstadiums über die gesetzlich oder statutarisch vorgesehenen Beträge hinaus freiwillig Zahlungen auf seine Stammeinlage leistet, tut das im Vertrauen auf den wirtschaftlichen Erfolg des gegründeten Unternehmens und muß das mit seinen freiwilligen Mehrleistungen verbundene Risiko selbst tragen.

BGHZ 7,147: St. ist ein juristischer Laie, so daß aus seinen Rechtsansichten über die hier in Frage stehenden schwierigen Umstellungsfragen keine entscheidenden Schlüsse gezogen werden können.

OLGZ 68,411: Entscheidend ist, was die Vertragsparteien damals wollten, und nicht, was eine Partei später darüber meinte.

Weitere Belege in: OLGZ 66,100; 66,395; BGHZ 9,163; 14,6; 41,327.

Dem Vorwurf, mit Grundsätzen zu operieren, ohne sie zu rechtfertigen, kann natürlich immer entgegengehalten werden, es handele sich doch um jedermann einsichtige, professionell konsentierende Selbstverständlichkeiten; diese These, der an dieser Stelle nicht weiter nachgegangen werden kann,

erscheint allerdings angesichts der konkreten Beispiele fragwürdig.

1.2. Richter neigen dann, wenn sie ihre Grundsätze rechtfertigen, dazu, sich in wenig überzeugender Art und Weise an irgendeine Gesetzesvorschrift anzulehnen.

BGHZ 41,164 f: Darf aber die Beklagte ihr gesetzliches Wegnahmerecht aus Gründen der Wohnraumbe-wirtschaftung nicht ausüben, dann erscheint es als ein Gebot der Gerechtigkeit, ihr für den Rechtsverlust, den sie auf diese Weise erleidet, entsprechende Schadloshaltung zu gewähren. Der Gedanke, daß jemand, der von einer ihm nach allgemeinen bürgerlichrechtlichen Vorschriften zustehenden Befugnisse infolge einer entgegenstehenden Sonderrechtsnorm keinen Gebrauch machen kann, angemessen entschädigt werden muß, ist dem geltenden Recht nicht fremd. Er findet sich beispielsweise in der höchststrichterlichen Rechtsprechung zum Nachbarrecht, insbesondere im Anwendungsbereich des § 906 BGB aF und des § 26 GewO bei ortsüblichen, den Nachbarn übermäßig schädigenden Immissionen Wenn nunmehr nach § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB der Nachbar für Einwirkungen, die eine ortsübliche Benutzung seines Grundstücks oder dessen Ertrag auf das zumutbare Maß hinaus beeinträchtigen, die er aber trotzdem dulden muß, einen angemessenen Ausgleich in Geld verlangen kann, so liegt dieser Regelung ein allgemeiner Rechtsgedanke zugrunde (BGB-RGRK aaO § 906 Anm. 33). Seine Anwendung auf den hier zur Entscheidung stehenden Sachverhalt führt zu dem Ergebnis, daß die Klägerin zum Ausgleich für den unverhofften Vermögensvorteil, der ihr infolge Nichtausübbarkeit des Wegnahmerechts in den Schoß fällt, an die Beklagte eine Geldentschädigung zahlen muß.

BGHZ 3,103: Die Einrichtung des Rechtsmißbrauchs, die aus der exceptio doli generalis des gemeinen Rechts einhergehend mit dem Begriff des abus des droits des französischen Zivilrechts entwickelt wurde, ist allgemein anerkannt Das Reichsgericht spricht von unzulässiger Rechtsausübung dann, wenn besondere Umstände die Geltendmachung eines Rechts als Verstoß gegen die guten Sitten erscheinen lassen (RGZ 138,373 [375]; 152,147 [150]; 160,349 [357]). Dieser Rechtsprechung und Rechtslehre liegt der zu §§ 226 und 826 BGB entwickelte Rechtssatz zugrunde, daß unzulässige Rechtsausübung ein Handeln ohne Recht oder wider das Recht ist.

BGHZ 26,164 f: ... so ist andererseits nicht zu verkennen, daß den Unternehmer auch gewisse Pflichten zur Rücksichtnahme auf die schutzwürdigen Belange des Handelsvertreters treffen. ... Das gebieten die Grundsätze von Treu und Glauben. Diese Pflicht zur Rücksichtnahme hat in verschiedenen Bestimmungen des Gesetzes ihren Niederschlag gefunden. So muß der Unternehmer dem Handelsvertreter die erforderlichen Nachrichten geben, ihn insbesondere unterrichten, wenn er voraussichtlich Geschäfte nur in geringem Umfang abschließen kann oder will, als nach den Umständen zu erwarten ist. Nach § 87 a HGB ... ist ferner dafür Sorge getragen, daß der Handelsvertreter grundsätzlich seinen von der Ausführung der Geschäfte abhängigen Provisionsanspruch nicht dadurch verliert, daß aus Gründen, die in der Person des Unternehmers liegen, ein Geschäft nicht abgewickelt wird. ...

Der entscheidende Gesichtspunkt für die so gebotene Rücksichtnahme des Unternehmers auf die Belange des Handelsvertreters liegt darin, daß die berechtigten Erwartungen des Handelsvertreters auf den Erfolg seiner Arbeit und auf den Erfolg seiner Aufwendungen einen entsprechenden Schutz verdienen.

Das folgende Beispiel zeigt besonders instruktiv, wie mühsam das Gericht mithilfe des Gesetzes zu belegen versucht, daß ein bestimmter Grundsatz nicht besteht (wobei noch hinzu kommt, daß es nur darum ging, ob diesem Grundsatz eingeschränkte Gültigkeit zukommen sollte).

BGHZ 6,390: Der Grundsatz des § 767 Abs 1 Satz 1 BGB ist für den Regelfall gedacht, in dem die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners den Bestand der Schuld unberührt läßt Das Reichsgericht hat daher schon in RGZ 163,99 darauf hingewiesen, daß dort, wo die Hauptschuld nach der gesetzlichen Regel durch die Veränderung der Verhältnisse beeinflusst wird, die Bürgschaft nur einen 'gegen sonst verminderten Wert' hat. Denn es besteht kein allgemeiner Grundsatz, daß überall da, wo die Unzulänglichkeit des Vermögens des Hauptschuldners dessen Haftung berührt, der Bürge sich nicht darauf berufen kann (Staudinger, Vorbemerkung 11 zu § 765 BGB). Das Gesetz hat dies im § 768 Abs 1 Satz 2 BGB vielmehr nur für den Fall ausgeschlossen, daß der Erbe für die Verbindlichkeiten des Hauptschuldners nur beschränkt haftet. Ein Antrag, diese Bestimmung auszudehnen und allgemein die Geldtendmachung von Mängeln, die sich aus der Vermögensunzulänglichkeit des Hauptschuldners ergeben, auszu-

schließen, wurde bei der Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches abgelehnt (Prot II S 466), weil derartige Fälle äußerst selten sein würden. Das Gesetz geht demnach davon aus, daß der Grundsatz der Abhängigkeit der Bürgschaft von der Hauptverbindlichkeit mit dem Sicherungszweck der Bürgschaft vereinbar ist.

Besonders beliebt ist natürlich die Anknüpfung an § 242 BGB.

BGHZ 25,152: Die Frage, ob bei der Enteignung einer Forderung der Schuldner vor der Gefahr doppelter Inanspruchnahme gemäß § 242 BGB zu schützen ist ...

BGHZ 31,229: ... denn anderenfalls würde der Unternehmer aus seiner eigenen Vertragswidrigkeit Nutzen ziehen (§ 242 BGB).

BGHZ 38,126: Schon nach der ... Vorschrift des § 242 BGB gilt über die Sonderbestimmung des § 273 BGB hinaus der allgemeine Satz, daß arglistig handelt, wer fordert, was er zurückgewähren muß (RG Urt. v. 15. Dezember 1906 ...).

Im Gegensatz dazu ganz offen und eindeutig:

BGHZ 9,164: Die Möglichkeit der Ausschließung (eines Gesellschafters aus einer GmbH) ist nicht deshalb zu bejahen, weil § 34 GmbHG, § 737 BGB oder § 140 HGB vorhanden ist. Nicht weil ein Gesellschafter durch Einziehung seines Gesellschaftsanteils ... ausgeschlossen werden kann, ist die Ausschließbarkeit beim Vorliegen eines wichtigen Grundes anzuerkennen, sondern weil dies dem erörterten allgemeinen Rechtsprinzip entspricht und das Rechtsleben einen Behelf hierfür verlangt; auch in den §§ 737 BGB, § 140 HGB hat jenes allgemeine Rechtsprinzip nur seinen Niederschlag und seine Auswirkungsform gefunden. Ebenso dazu OLGZ 66,93.

Im Übrigen stehen die Richter bei Anlehnung an eine gesetzliche Vorschrift immer vor der Frage, ob diese Vorschrift als Niederschlag eines allgemeinen Rechtsgedankens oder als eine Sonderregelung anzusehen ist. BGHZ 8,369 ff berichtet von einer rhetorisch gekonnten Argumentationskette, die vom BGH geschickt abgeschmettert wird.

BGHZ 28,369 ff: Die Anwendbarkeit des Rechtssatzes (§ 817 BGB) auf unter bewußtem Preisverstoß gezahlte Oberpreise wird geleugnet (... [12 Zitate]). Es wird geltend gemacht: Die Anwendung des § 817 Satz 2 BGB führe zu einer Aushöhlung der Vorschrift über den Preisstopp. Der Empfänger des Oberpreises könne

nicht behalten dürfen, was er nach den Preisbestimmungen nicht habe erlangen dürfen. Würde ihm der Oberpreis belassen werden, so würde er geradezu für das Fordern oder Annehmen des Oberpreises belohnt werden. § 817 Satz 2 BGB, angewendet, nehme dem Kampf gegen Preisverstöße eine wichtige Waffe aus der Hand. Nach § 5 der Verordnung über die Preisüberwachung und die Rechtsfolgen von Preisverstößen im Grundstücksverkehr vom 7. Juli 1942 könne bei Grundstücksverkäufen, wenn ein unzulässiger Preis vereinbart sei, das Geschäft aber als zum zulässigen Preis gelte, die das zulässige Entgelt übersteigende Leistung zurückgefordert werden; § 5 bestimme für diesen Fall ausdrücklich, daß § 817 Satz 2 BGB nicht anzuwenden sei. Damit habe ein allgemeiner Rechtsgedanke seinen gesetzlichen Niederschlag für einen Sonderfall gefunden. Der Rechtsgedanke des § 5 ... sei daher auch anzuwenden, wenn ... (Seite 372) § 5 der Verordnung vom 7. Juli 1942 kann ebenso gut dafür wie dagegen geltend gemacht werden, je nachdem ob diese Vorschrift als Niederschlag eines allgemeinen Rechtsgedankens oder als eine Sonderregelung für Grundstücksverkäufe anzusehen ist. Überwiegende Gründe sprechen weder für das eine noch für das andere.

1.3. Richter neigen dann, wenn sie ihre Grundsätze rechtfertigen, dazu, statt einer sachlich begründeten Rechtfertigung ihre eigene Autorität einzusetzen.

BGHZ 22,380: Wie der Senat in Anlehnung an die Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts schon wiederholt entschieden hat, kann der allgemeine, für das Dienstvertrags- und Arbeitsrecht besonders bedeutsame Rechtsgrundsatz des § 242 BGB ... nicht dazu herhalten, einen Versorgungsanspruch ohne jede Vertragsgrundlage zu gewähren.

BGHZ 5,112 (1. Leitsatz, 2. Halbs.): ... insbesondere kann ein Ausschluß der Haftung für eigenes Verschulden oder das von Erfüllungsgehilfen nur bei ausdrücklicher Erklärung angenommen werden (RG HansGZ Hpt B1 1889(!) Nr 99).

BGHZ 28,111 f: Wenn es (das Berufungsgericht) indessen eine derartige Rechtspflicht zum Tätigwerden aus dem Eigentum als solchem abzuleiten versucht, weil nach Art. 14 Abs. 2 GG jeder Eigentümer grundsätzlich verpflichtet sei, seine Sache in einem ordnungsmäßigen Zustande zu erhalten, auf daß kein anderer dadurch mehr als zumutbar gestört werde, so verdient das in dieser allgemeinen Form keine Zustimmung. Einen Rechtssatz des Inhalts, daß der Eigentümer schon aus dem Gesichtspunkt verkehrsüb-

licher Rücksichtnahme kraft seines bloßen Eigentums für schädigende Einwirkungen hafte, gibt es nicht (RGZ 134,231,233 f; 149,205,212).

BGHZ 32,99: Eine staatliche Beschlagnahme ist, ebenso wie eine Enteignung, in ihren Wirkungen auf das Gebiet des Staates beschränkt, der die Maßnahme getroffen hat (Territorialitätsprinzip; BGHZ 2,218,232; 9,34,38; 12,79,84; 13,106,108; 17,74,78; 20,4; 23,333; 25,127,129; 25,134).

Weitere Beispiele finden sich in BGHZ 21,64 f (rhetorisch besonders geschickt); 1,4.

Allerdings sei in diesem Zusammenhang daran erinnert, daß die Rechtsprechung nicht gehindert ist, einen allgemeinen Rechtsgedanken im Verfolg seiner ständigen Anerkennung als eine nunmehr derart gesicherte Erkenntnis zu betrachten, die dann keiner Begründung mehr bedarf.

So BGHZ 45,182: Das Oberlandesgericht ist mit Recht davon ausgegangen, daß gesetzliche Formvorschriften, zu denen insbesondere auch der § 313 BGB gehört, im Interesse der Rechtssicherheit eingehalten werden müssen und daß es nicht angeht, sie aus allgemeinen Billigkeitserwägungen unbeachtet zu lassen. Dieser Ausgangspunkt entspricht den Grundsätzen, wie sie der Bundesgerichtshof entwickelt und in ständiger Rechtsprechung vertreten hat und an denen festgehalten wird.

1.4. Richter neigen bei der Rechtfertigung ihrer Grundsätze nur in seltenen Fällen dazu, offen auf die von ihnen als unerwünscht angesehenen Folgen abzustellen; ebenso selten findet sich der Hinweis darauf, daß sie Selbstverständlichkeiten auch tatsächlich für Selbstverständlichkeiten halten.

BGHZ 26,166: Darüber hinaus gilt insoweit der weitere allgemeine Rechtsgrundsatz, daß der Unternehmer nicht willkürlich, ohne irgendeinen vertretbaren Grund bei seinen geschäftlichen Dispositionen den Interessen des Handelsvertreters zuwiderhandeln und damit diesem die von ihm mit Recht erwarteten Verdienstmöglichkeiten plötzlich entziehen darf. Die Bejahung der Entschließungsfreiheit des Unternehmers bedeutet keine Freigabe einer sinnlosen Mißwirtschaft.

BGHZ 29,119: Wer ein ihm gesetzlich zustehendes Recht ausübt, handelt grundsätzlich in Übereinstimmung mit der Rechtsordnung; bezeichnet ein anderer dieses Handeln als mißbräuchlich, so ist es Sache des anderen, den Rechtsmißbrauch darzutun. Es wäre in der Tat auch nicht zu billigen, wenn die Gemeinde ... durch ein bloßes Bestreiten des öffentlichen Interesses gezwungen werden können, ... die Gründe ihres Verhaltens ... bekanntzugeben.

BGHZ 25,53: Denn es ist selbstverständlich, daß sich der Schuldner zur Abwehr eines gegen ihn gerichteten Anspruchs nicht auf die Grundsätze von Treu und Glauben berufen kann, wenn er sich selbst unredlich verhalten hat...

2. Der Versuch der Richter, die Konkretisierungsproblematik zu bewältigen, kann in folgenden Thesen dargestellt werden.

2.1. Die Richter neigen dazu, sich das Geschäft der Konkretisierung dadurch zu ersparen, daß sie ganz global auf "die" allgemeinen Grundsätze verweisen.

BGHZ 22,97: Für die Frage, wann der völlige Ausschluß der Gewährleistung mit den allgemeinen rechtlichen Geboten in Widerspruch tritt ...

BGHZ 22,98: Denn wenn der völlige Ausschluß der Gewährleistungsansprüche bei einem Kauf über fabrikneue Waren nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, insbesondere unter gerechter Abwägung der beiderseitigen schutzwerten Belange ... als unwirksam angesehen werden muß...

BGHZ 22,100: Eine solche rechtliche Gestaltung des Abzahlungsgeschäfts würde ... einer Umgehung gleichkommen, die nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht hingenommen werden kann.

BGHZ 11,85: Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Bürgerlichen Gesetzbuches ... entfallen diese Verpflichtungen, wenn ...

Weitere Beispiele: BGHZ 12,86; 26,164; 30,232.

2.2. Richter neigen dazu, sich das Geschäft der Konkretisierung dadurch zu erschweren (bzw. zu erleichtern), daß sie ihre Grundsätze sehr hoch ansiedeln. Das birgt insbesondere dann die Gefahr vorschneller Verallgemeinerungen (Inversionsjurisprudenz) in sich, wenn dies in Leitsätzen geschieht.

BGHZ 42,62: Auch das ist in der Regel ein grober Verstoß gegen die ... Treupflicht, nach der er (der Unternehmer) verpflichtet ist, alles zu unterlassen, was seinem Vertreter Nachteile bereitet.

Weitere Belege: insbes. BGHZ 41,327; 32,76,77; vgl. auch NJW 73,1047; BGHZ 12,157.

2.3. Richter hüten sich zu wenig davor, ihre Grundsätze als uneingeschränkt anwendbar auszugeben.

BGHZ 5,195: Der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung kann aber auch gegenüber Urteilsaussprüchen nicht grundsätzlich versagt werden, weil der das bürgerliche Recht beherrschende Grundsatz von Treu und Glauben ... u n b e s c h r ä n k t e Geltung haben muß.

2.4. Richter laufen Gefahr, mit Hilfe eines Grundsatzes ohne jede Zwischenschritte fertige Einzelproblemlösungen anzubieten.

BGHZ 9,163: Daß die Ausschließung eines GmbH-Gesellschafters selbst beim Schweigen der Satzung rechtlich zulässig ist, läßt sich auch aus der Treupflicht ableiten Wenn auch anders als bei der offenen Handelsgesellschaft kein Gemeinschaftsverhältnis besteht und darum nicht schon hieraus die Pflicht zu gegenseitiger Treue abgeleitet werden kann, so obliegt den Gesellschaftern einer GmbH doch eine echte, nicht bloß den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) beinhaltende Treupflicht, weil die Beziehungen des Gesellschafters zur GmbH und seinen Mitgesellschaftern nicht rein kapitalistisch, sondern auch persönlicher Art sind (RG DR 1940,2177, Baumbach-Hueck GmbHG Anm 2 B vor § 13). Je nachdem wie das innere Verhältnis vom Gesellschaftsvertrag ausgestaltet ist, trifft die Gesellschafter der GmbH die Pflicht, sich persönlich für die Belange der Gesellschaft einzusetzen oder alles zu unterlassen, was deren Interesse schädigen könnte. Zerstört ein Gesellschafter die gesellschaftliche Verbundenheit, so ist für ihn in der GmbH kein Raum mehr.

Weitere Beispiele: BGHZ 41,327; 9,208; 9,97; OLGZ 66,96.

2.5. Richter neigen dazu, bei Konkretisierung ihrer Grundsätze einen Ableitungsprozeß vorzuführen, anstatt den Zuordnungsprozeß offen darzulegen.

BGHZ 3,103 f: Jedes Recht geht seinem Inhalt nach nur so weit, wie die guten Sitten und Treu und Glauben dies gestatten. ... Als unzulässige Rechtsausübung oder Rechtsmißbrauch muß es dann (!) aber auch angesehen werden, wenn eine gesetzliche Vorschrift außerhalb ihres ursprünglichen Zusammenhangs in einer zweckfremden Weise und mit zweckfremdem Ziel verwandt wird... . Unzulässige Rechtsausübung oder Rechtsmißbrauch ist demnach (!) auch die Ausnutzung formeller Möglichkeiten der Gesetze entgegen ihrem unzweideutigen Rechtsgedanken... . Deshalb (!) ist auch gegenüber zwingenden Rechtssätzen des Privatrechts von Amts wegen zu prüfen, ob ihre Anwendung nicht eine unzulässige Rechtsausübung oder einen Rechtsmißbrauch darstellt...

3. In Fällen von Regel-Ausnahme-Bestimmungen finden sich plakative Grenzziehungen.

BGHZ 42,61 f: Der Beklagte zu 1 war als Handelsvertreter (Untervertreter) der Klägerin verpflichtet, alles zu unterlassen, was eine Schädigung der Interessen seines Geschäftsherrn herbeizuführen geeignet war... . Entscheidend ist..., daß ... der Beklagte zu 1 ... bezweckte, die Verdienstmöglichkeiten seines Geschäftsherrn nicht nur - wie bei unerlaubter Tätigkeit für die Konkurrenz - zu schmälern, sondern sie ihm völlig zu entziehen.

Das an sich selbstverständliche Recht jedes Handelsvertreters, sich gegebenenfalls auch schon vor der Kündigung um einen anderen Tätigkeitsbereich zu bemühen, findet hier seine Grenze. Ein solches treu- und vertragswidriges Verhalten ... macht ihn ... schadensersatzpflichtig.

Vgl. allerdings BGHZ 10,387; 12,159; OLGZ 66,133.

Bei Nichteingreifen eines Ausnahmefalles sind Richter in einer günstigen Situation:

BGHZ 50,196 f: Hat ein Beklagter im Schiedsgerichtsverfahren geltend gemacht, nicht das Schiedsgericht, sondern das ordentliche Gericht sei zuständig, so ist es ihm in der Regel verwehrt, sich später im Prozeß vor dem ordentlichen Gericht darauf zu berufen, es sei doch das Schiedsgericht zuständig. ...

Allerdings kann es Ausnahmefälle geben, in denen etwas anderes gilt. Das kann in Betracht kommen, wenn beachtliche Gründe die gegensätzliche Einlassung des Beklagten in beiden Verfahrensarten verständlich und gerechtfertigt erscheinen lassen. Solche Gründe hat aber die Beklagte hier nicht geltend gemacht.

4. In Fällen von Prinzipienwidersprüchen neigen die Richter nur selten dazu, ihre Entscheidungen rhetorisch zu untermauern.

BGHZ 2,155 f: Auch bei der Vertragshilfe nach § 21 UmstG müssen aber für eine Pensionskürzung schon im sozialen Interesse enge Grenzen gezogen werden. Dies erfordert auch die auf der personenrechtlichen Natur des Dienstvertrages beruhende besondere Treupflicht des Dienstherrn... . . . Dagegen kann der Revision nicht darin gefolgt werden, daß im Hinblick auf jene gesteigerte Treupflicht eines früheren Vorstandsmitglieds die Herabsetzung seines Ruhegehalts an sachlich weniger strenge Voraussetzungen zu knüpfen sei. Auch ein früheres Vorstandsmitglied kann verlangen, daß ein mit ihm abgeschlossener Ruhegehaltsvertrag grundsätzlich eingehalten wird. Auch er (!) braucht eine Kürzung nur hinzunehmen, wenn die ungekürzte Weiterzahlung der Pensionen zu einer Gefährdung des Unternehmens ... führen würde.

S. insbes. auch BGHZ 30,144 f.

Im übrigen diskutieren Richter im Fall des Prinzipienwiderstreits die Folgen offen und bewerten sie frei.

BGHZ 32,101: Die Bürgschaft ist zwar nach den §§ 765,767,768 BGB in ihrem Bestand und Umfang von der Hauptschuld abhängig¹⁾. Die gegen die Hauptforderung gerichteten Maßnahmen können aber ... nicht über die Grenzen des enteignenden Staates hinausgreifen²⁾. Das würden sie, wenn sie das Erlöschen der Bürgschaft zur Folge hätten. Um ein solches, mit dem Territorialitätsprinzip unvereinbares Ergebnis zu verhindern, ist die Rechtslage daher im Verhältnis zwischen Gläubiger und Bürgen so anzusehen, als ob die Enteignung oder die ... Beschlagnahme nicht erfolgt wären.

1) Akzessoritätsprinzip

2) Territorialitätsprinzip

Diese Regelung entspricht auch der Billigkeit; denn dem inländischen Gläubiger ist nicht zuzumuten, neben dem Verlust der Hauptforderung durch den Eingriff des ausländischen Staates obendrein noch seine Forderung gegen den inländischen Bürgen zu verlieren.

Im Widerstreit zwischen dem Grundsatz territorialer Begrenzung von Enteignungseingriffen und dem Grundsatz der Abhängigkeit der Bürgschaftsforderung von der Hauptforderung verdient daher der erstgenannte Grundsatz den Vorzug, der letztgenannte muß demgegenüber zurücktreten.

Die Folge, daß dann unter Umständen sowohl Hauptschuldner als auch Bürge (von verschiedenen Gläubigern) in Anspruch genommen werden, ergibt sich zwangsläufig aus der Aufspaltung der Gläubigerstellung durch die Enteignung und muß in Kauf genommen werden.

Weitere Beispiele: BGHZ 37,51; 6,390; 31,172.

5. Im übrigen kann nach dieser Analyse folgender zwar nicht wissenschaftlich abgesicherter, aber doch sicherer Eindruck wiedergegeben werden: es erscheint im Zivilrecht keine Entscheidungssituation vorstellbar, in der nicht auf irgendeinen der unzähligen, verschiedenartigsten Grundsätze bzw. auf irgendeine grundsätzliche Erwägung rekuriert werden kann; und wenn man schließlich bei dem Grundsatz landet, daß "das Recht ... dem Leben zu dienen (hat)".

4.2. ANALOGON

1. Die These, daß richterliche Rechtsfindung sich auch für den kontinental-europäischen Richter in ganz außerordentlichem Maße als ein reasoning from case to case darstellt, wurde durch die Urteilsanalyse eindrucksvoll bestätigt. Bei einem Rekurs auf Ähnlichkeiten diskutieren die Richter offen die identischen und die nicht identischen Aspekte und entscheiden dann (ebenso offen) nach Kriterien der Angemessenheit und Vernünftigkeit (es geht nicht an;

ist wirtschaftlich sinnvoll; würde benachteiligen; wirtschaftliche Zwangslage kann ihn nötigen; Unbilligkeit etc.)

BGHZ 30,209: Bei dem Versuche, für diese Fälle eine angemessene Lösung zu finden, könnte man an eine Gesamtbereinigung des Unfalls in dem Sinne denken, daß der Schaden im Verhältnis der Unfallbeiträge der an der Schadensentstehung beteiligten Personen aufgeteilt und jeder nur mit der ihn treffenden Schadensquote belastet wird. ... Mit einer solchen Lösung würde ein Verteilungsverfahren geschaffen, für das eine gesetzliche Grundlage fehlt. Allerdings kennt das Seerecht in § 736 HGB eine ähnliche Regelung. ... Eine Quotenhaftung, wie § 736 Abs. 1 HGB sie als Ausnahmeregelung vorsieht, würde den Geschädigten aber auch in vielen Fällen benachteiligen Schließlich würde eine solche Quotenhaftung die Abwicklung zahlreiche Haftpflichtfälle in starkem Maße erschweren.
Weitere Beispiele: NJW 73,1706; OLGZ 68,391; 72,423; BGHZ 6,108; 6,391; 9,163; 12,108; 29,295; 37,97; 38,126; 42,377; 47,185; diese Reihe ließe sich beliebig fortsetzen.

2. Dennoch sind auch hier kritische Anmerkungen zu machen.

2.1. Richter neigen zu banalen Hinweisen auf irgendwelche "Ähnlichkeiten".

BGHZ 32,96: Für den Fall des Bestehens eines rechtsgültigen, jedoch beendeten Mietverhältnisses hat das Gesetz in § 557 den erforderlichen Ausgleich vorgesehen (ähnlich BGHZ 14,111 nach Aufhebung einer Beorderung nach dem Reichsleistungsgesetz).

Vgl. auch BGHZ 7,271; 50,194.

2.2. Richter neigen teilweise dazu, bei Anlehnung an eine Ähnlichkeit die nicht identischen und bei Nichtanlehnung die identischen Aspekte zu verschweigen; ein solches Verfahren ist sicherlich geeignet, Konsensancen zu erhöhen.

NJW 73,1704: Ist ein geschlossener Vertrag angefochten oder durch Rücktritt aufgelöst, dann spielt für die Rückabwicklung der Erfüllungsort des Ver-

trages keine Rolle mehr. ... In diesen Fällen bestimmen allein die im Streit befangenen Rückgewährpflichtigen den Erfüllungsort. Das gleiche gilt bei der Wandlung Nichts anderes kann nach Auffassung der Kammer gelten, wenn der Vertrag überhaupt nicht zustande gekommen ist.
Weitere Belege: OLGZ 66,397; BGHZ 7,150; 12,378 f; 15,219; 22,100; 32,284; 34,367 (BerG: Fall ist zum Vergleich geeignet; BGH: "... zeigt solche Unterschiede zum vorliegenden Fall, daß er zum Vergleich nicht geeignet ist"); 37,97; 41,325.

2.3. In folgenden Fällen gehen die Richter so vor, daß sie sich an fernliegende Ähnlichkeiten anlehnen; dies könnte seinen Grund darin haben, daß der Eindruck von Kontinuität, Kohärenz bzw. Systemeinheit erweckt werden soll (Schulbeispiel wohl die "Freiheitsberaubung im Geistigen" in der ersten Schmerzensgeldentscheidung des BGH).

BGHZ 14,318: Nun treffen die Pflichten aus einem Vertrag, den ein bevollmächtigter Vertreter schließt, allerdings grundsätzlich nur den Vertretenen (§ 164 BGB). Für die Haftung bei Verschulden aus Vertragschluß hat jedoch die reichsgerichtliche Rechtsprechung auch eine Haftung des Vertreters anerkannt, wenn er an dem erstrebten oder vollzogenen Geschäftsabschluß persönlich ein wirtschaftliches Interesse gehabt habe In Fortführung dieses Gedankens kann von einem Ehemann, der für die Ehefrau einen Vertrag abschließt und bei der Erfüllung mitwirkt, zwar nicht gefordert werden, daß er auf die Vertragserfüllung hinwirkt, wohl aber insbesondere auch mit Rücksicht auf die enge wirtschaftliche Verbindung zwischen Ehegatten, daß er nicht die Vertragszwecke vereitelt. Hat er, wenn auch ohne Verschulden, durch sein Verhalten einen Vertragszweck dennoch vereitelt, so muß er für verpflichtet erachtet werden, einen dadurch eingetretenen Schaden des Vertragsgegners wieder zu beseitigen, wenn er sich sonst auf dessen Kosten bereichern würde. Der Ehemann hat das in ihm vom Kläger gesetzte Vertrauen verletzt, und er verstößt gegen Treu und Glauben, wenn er trotz Aufklärung über die wahren ... Rechte des Klägers die Bestellung der Ergänzungshypothek ablehnen will (vgl. ähnliche Rechtsgedanken in § 816 BGB und in der Rechtsprechung über die Unzulässigkeit der Be-

rufung auf Formmangel durch den, der ihn herbeigeführt hat, RG JW 1936 S. 97).

Dazu folgende Anmerkungen:

Lehmann, JZ 1955, S. 159: Die Gerechtigkeit dieser Lösung leuchtet unmittelbar ein.

G. u. D. Reinicke, NJW 1955, S. 533: Die vom RG entwickelten Grundsätze können schon deshalb nicht unmittelbar angewendet werden, weil der Mann nicht schuldhaft gehandelt hat. - Die Rechtsprechung des RG mag durch die Erkenntnis gerechtfertigt sein, daß unter Umständen auch der Vertreter für sich persönlich Vertrauen in Anspruch nimmt und dadurch das Verhandlungsverhalten des Vertragsgegners bestimmt. Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall nicht gegeben. - Der BGH weist auf ähnliche Rechtsgedanken in § 816 BGB hin ... Näher liegt schon, § 822 BGB heranzuziehen. Aber auch diese Vorschrift kann den ... Anspruch des Klägers nicht stützen....

Weitere Beispiele in: NJW 73,2114; BGHZ 12,304; 47,274.

2.4. Richter neigen bei Rekursen auf Ähnlichkeiten zu rhetorischen Kunstgriffen.

BGHZ 5,66: Die in § 618 Abs 3 BGB unmittelbar geregelte Sachlage ist nun aber ungemein ähnlich derjenigen, die ...

BGHZ 7,268: ... starke Wesensverwandtschaft ...

Weitere Belege: NJW 73,1704; OLGZ 72,423; BGHZ 6,111; 7,273; 9,163; 25,367.

Besonders interessant ist in diesem Zusammenhang die "ebenso - wie - Taktik": wenn die Entscheidung schon gefallen ist, wird ein unzweifelhafter Fall herangezogen mit dem Bemerken, daß ebenso wie dort, so auch hier gelten müsse...

NJW 73,1757: So wie es gegen Treu und Glauben verstoßen würde, wenn eine Gegenpartei bei einem von ihr erkannten irrtümlichen Verzicht oder Anerkenntnis

ein Urteile erlangen würde ..., ebenso kann hier der Auffassung des Gegners, die Rechtsmittelrücknahme sei wirksam ..., nicht gefolgt werden.
Weitere Beispiele in: BGHZ 7,206 f; 12,159.

2.5. Richter neigen bei Verwendung von Analogia zu einem Zugriff auf ein "Arsenal an logischen Suggestivmitteln" (hier: "erst recht").

BGHZ 2,342: Nach diesem (Tatbestand) entfällt die Ausbesserungspflicht, wenn der Versicherungsnehmer das Schiff vor dem Beginn der Ausbesserung veräußert und der Erwerber in das Versicherungsverhältnis nicht eintritt. Das Berufungsgericht führt mit Recht aus, daß dieser Tatbestand einer freiwilligen Veräußerung um so mehr für die Fälle einer unfreiwilligen Entäußerung gelten müsse.
Vgl. auch OLGZ 68,391; 69,148; BGHZ 16,272.

4.3. AUSLÄNDISCHES RECHT

Das geringe Entscheidungsmaterial erlaubt keine generalisierenden Aussagen. Es erscheint aber unnötig, dem beabsichtigten Forschungsprogramm nachzugehen: sämtliche Hinweise auf ausländisches Recht erwecken den Eindruck lapidarer, plakativer und nichtssagender Anhängsel.

Vgl. über die unter 2.3. angeführten Beispiele hinaus:

BGHZ 9,174: In gewissem Umfange gibt Art 822 Abs 4 des Schweizer Obligationenrechts hierfür das Vorbild.
S. auch BGHZ 24,159.

4.4. und 4.5. BEGRIFFSDOGMATIK UND BEGRIFFSFORMALISMUS

1. Der Prozeß der Befrachtung eines Begriffes mit neuen Wertungen kann zunächst am Beispiel des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses wie folgt vor-

geführt werden.

BGHZ 28,114 f (Anspruch auf Zahlung eines Geldbetrages aus dem Gesichtspunkt des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses): Das Zahlungsbegehren des Klägers erweist sich jedoch aus dem Gesichtspunkt des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses als gerechtfertigt.

... so wäre es unbillig und mit der aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis entspringenden Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme nicht vereinbar, wenn die Beklagte nun auch noch von ihm verlangen könnte, daß er die Ausfüllung des Zwischenraums ... mit eigenen Mitteln durchführe. Die besonderen Umstände des Falles gebieten vielmehr ein Freistellen des Klägers von diesen Aufwendungen zu Lasten der Beklagten.

BGHZ 42,377 f (Anwendbarkeit des § 278 BGB im Rahmen des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses): Der Senat entscheidet nunmehr diese Frage in Übereinstimmung mit dem Reichsgericht und der herrschenden Lehre dahin, daß das bloße nachbarliche Nebeneinander von Grundstücken verschiedener Eigentümer für sich allein nicht ausreicht, um zwischen den Beteiligten schuldrechtliche Beziehungen herzustellen.

Unter solchen Umständen geht es nicht an, das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis einem gesetzlichen Schuldverhältnis gleichzubehandeln. Es bildet neben den besonderen Nachbarrechtvorschriften keine selbständige Grundlage für Rechte und Pflichten. Vielmehr bestehen unter den Grundstücksbarn nur die allgemeinen Ansprüche aus dem Eigentum sowie die allgemeinen Verkehrssicherungspflichten... Für eine Anwendung des § 278 BGB im Rahmen dieses Verhältnisses ist daher kein Raum ...

Während die Richter in der ersten Entscheidung aufgrund offener Vernünftigkeitserwägungen den Kreis möglicher Ansprüche aus dem Gesichtspunkt des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses erweitern, werden in der letzteren diese Überlegungen nicht nur nicht dargelegt, sondern es wird durch das Wort "daher" ein Ableitungszusammenhang aufgezeigt; darin machen die Richter zwar deutlich, daß im Begriff des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses bestimmte Wertentscheidungen über Pflichtenkreise zusammengefaßt worden sind, allein es fehlt die Rechtfertigung dafür, warum die Richter eine Erweiterung dieses Begriffes im konkreten Fall ablehnen; denn es bedarf keiner weiteren Erörterung, daß ein Begriff nicht nur dann wertungsmäßig neu befrachtet wird, wenn sein Anwendungsreich erweitert wird, sondern auch dann, wenn die Richter eine solche Erweiterung ablehnen. In beiden Fällen handelt es sich also um eine Neubefrachtung, die aber in der letzteren Entscheidung eben durch "Es-geht-nicht-an-" und "Daher"-Argumentationen verdeckt wird.

2. An einer Entscheidung mit starkem "Gerechtigkeitseinschlag" kann verdeutlicht werden, wie verführerisch leicht ein begrifflicher Argumentationszusammenhang hergestellt werden kann.

BGHZ 33,254 (Fall eines Passanten, der einer von einem Geisteskranken niedergeschlagenen Frau zu Hilfe eilt, dabei ebenfalls von diesem verletzt wird und von der Krankenversicherung der Frau als Geschäftsführer ohne Auftrag Ersatz seines Verdienstauffalls verlangt): Es trifft (entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts) nicht zu, daß die Aufgabe einer Krankenkasse nur darin besteht, die Kosten ärztlicher Behandlung zu tragen und den Kranken ein finanzielles Risiko abzunehmen. Die ihr obliegende Krankenhilfe (§§ 179 Abs. 1, 182 Abs. 1 RVO) umfaßt in erster Linie "Krankenpflege"; zu dieser wiederum

gehört vor allem Zur Krankenpflege gehören ferner Naturgemäß wird die Krankenkasse meistens nicht von sich aus einen Arzt herbeirufen oder einen Krankentransport vornehmen können. ... Das ändert aber nichts daran, daß die Krankenpflege mit allem, was dazu gehört und was sie ermöglicht ... zum Aufgabenbereich der Kasse gehört. ... Nach der Feststellung des Berufungsgerichts hat der Kläger gehandelt, um Frau B. Hilfe zu bringen und ihre sofortige ärztliche Behandlung zu veranlassen. Damit hat er ... nicht nur ein Geschäft der Verletzten oder ihres Ehemannes, sondern auch ein solches der beklagten Krankenkasse geführt. Zu dieser Geschäftsführung rechnet auch schon das Aufsuchen des Verletzten auf dem Grundstück, weil es dazu diene, sie, wenn nötig, in ärztliche Behandlung zu bringen.

3. Es ist erstaunlich, wie häufig der BGH begriffsformalistische Argumentationszusammenhänge (des Reichsgerichts, der Literatur, der Untergerichte) zurückweist.

BGHZ 19,79 f: Einmal unterliegt der Standpunkt des Berufungsgerichts insoweit rechtlichen Bedenken, als es annimmt, für die Zweitbeklagte (Provinzialsynodalverband der Evangelischen Kirche in W.) scheide ein wettbewerbliches Ziel schon deswegen aus, weil sie kein wirtschaftliches Unternehmen sei. Hatte sie durch die Vereinbarungen mit dem Erstbeklagten und insbesondere auch durch die Verpflichtung der Bindereien ... am Wirtschaftsleben teilgenommen, so müssen für sie dieselben Grundsätze wie für wirtschaftliche Unternehmen gelten.

Dazu weiter: BGHZ 26,58; 28,113; 43,235 f. Vgl. auch: BGHZ 5,66; 23,303; 45,294.

4. Insbesondere der BGH scheint sich zu wenig Mühe zu geben, zukünftigem begriffsformalistischen Vorgehen durch die Instanzgerichte vorzubeugen.

BGHZ 8,345 f: Aber auch für die Rückforderung von Entschädigungen, die nach dem Reichsleistungsgesetz gewährt worden sind, ist der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten gegeben. Daß dies für den Anspruch auf Entschädigung nach dem Reichsleistungsgesetz selbst gilt, hat der Senat in seinem Urteil vom ... eingehend begründet. Der Senat hält an dieser Rechtsprechung fest (vgl. auch BGHZ 5,211). Sie grün-

det sich im wesentlichen darauf, daß nach Art 14 Abs 3 Satz 4 GrundG wegen der Höhe einer Enteignungsentschädigung im Streitfalle der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten offen ist. Auch die Klage auf Rückzahlung einer angeblich zu Unrecht gezahlten Entschädigung ist ein solcher Streit über die Höhe der Entschädigung.

An dieser Stelle wird deutlich, was von den eingehenden Begründungen in BGHZ 4,266 (siehe dort insbesondere auf S. 272 f die umfassenden Vernünftigkeitserwägungen mit Folgendiskussionen) übrigbleibt: Klage auf Rückzahlung einer zu Unrecht gezahlten Entschädigung = Klage über die Höhe der Entschädigung.

Weitere Beispiele: BGHZ 15,216 (Der Grenzüberbau des Pächters ist jedoch im Rechtssinn ein solcher des Eigentümers); BGHZ 21,108 (nach langen Erörterungen über den rechtlichen Bindungswillen: "Die Klägerin konnte und durfte darauf vertrauen, daß ihr die Beklagte einen zuverlässigen Fahrer zuwies, und die Beklagte durfte dieses Vertrauen nicht enttäuschen"; BGHZ 45,293 ("Gefahrgemeinschaft" von Mutter und Kind); BGHZ 47,186 (insbes. ab "Ferner..."); BGHZ 6,394 (Vorstufe zum Konkurs). Siehe auch OLGZ 66,98 (gesetzlicher Rückgewähranspruch besonderer Art).

Besonders instruktiv:

BGHZ 31,228: Das (die Unterstellung des Architektenvertrags unter Dienstvertragsrecht) hätte die ... Folge, daß nach § 627 BGB jede Vertragspartei das Vertragsverhältnis auch ohne daß ein wichtiger Grund vorliegen müßte, jederzeit kündigen könnte. Diese auch vom Reichsgericht ... als unangemessen bezeichnete Rechtsfolge wird mit der Unterstellung des die Bauplanung und Bauführung umfassenden Architektenvertrags unter das Recht des Werkvertrags (§§ 631 ff BGB) vermieden. Das freie Kündigungsrecht würde für die Partei, der gekündigt wird, Nachteile mit sich bringen ...

Die Gefahr begriffsformalistischen Vorgehens, der der BGH in dieser Entscheidung allerdings m.E. vorbildlich entgegenwirkt, liegt darin, daß die "als unangemessen bezeichnete Rechtsfolge", die also den tragenden Grund für die vorgenommene Unterstellung

bildete, in Vergessenheit gerät und zukünftig, auch wenn im Einzelfall dieser tragende Grund nicht zieht, die Unterstellung unter das Werkvertragsrecht dennoch global vorgenommen wird.

5. Da begriffsformalistisches Vorgehen also nichts mit Logik, sondern mit "stupidity" zu tun hat, bleibt schließlich festzustellen: ein derartiger Vorwurf kann den Richtern natürlich nicht gemacht werden (vgl. z.B. BGHZ 21,106; 25,394 (!); 39,264; 47,238).

4.6. BEGRIFFSLOGIK

1. Das Argument der Begriffsnotwendigkeit kann zunächst nur den Hinweis auf eine begriffliche Festlegung durch allgemeinen Sprachgebrauch, eindeutige gesetzgeberische Anordnung oder professionellen Konsens enthalten.

BGHZ 21,106 (Eine Gefälligkeit setzt begriffsnotwendig die Unentgeltlichkeit der Leistung voraus); BGHZ 19,77 (Begrifflich setzt der Boykott eine Dreizahl von Beteiligten ... voraus); BGHZ 3,318 (Bei der erneuten Verhandlung und Entscheidung wird das Berufungsgericht den in erster Linie vorgebrachten Einwand der *A u f r e c h n u n g* nochmals überprüfen müssen, weil das von ihm angenommene Leistungsverweigerungsrecht begrifflich den Fortbestand der Klageforderung voraussetzt; BGHZ 62,384 (Grundsätze über Wegfall der Geschäftsgrundlage sind nicht anwendbar, weil zwischen den Parteien kein Vertragsverhältnis mehr besteht, das an die neuen Geldverhältnisse angepaßt werden könnte).

2. Es kann den Richtern keine Schwierigkeit bereiten, über so geartete Begriffsnotwendigkeiten dann, wenn

sie es für vernünftig halten, hinwegzugehen; der folgende Beleg dafür gewinnt dadurch noch besonderes Interesse, daß das Berufungsgericht seine Erwägungen so gesteuert hatte, daß es bei der Begriffsnotwendigkeit gar nicht erst landete.

BGHZ 44,276 f: Wenn das tatsächliche Vorbringen der Beklagten als richtig unterstellt wird, muß auch einstweilen davon ausgegangen werden, daß ihr ebenfalls ein vom Kläger zu vertretender wichtiger Kündigungsgrund zur Seite stand. In diesem Falle steht aber dem Kläger kein Schadensersatz - und damit auch kein Auskunftsanspruch zu... Das Berufungsgericht meint, der Fall sei nach § 254 BGB zu beurteilen. Eine Anwendung dieser Vorschrift mit dem häufigen Ergebnis einer Schuld- und Schadensteilung liegt bei beiderseitigem schuldhaften Verhalten an sich nahe.... Die Voraussetzungen des § 254 BGB liegen aber hier von vornherein nicht vor. ... In Rechtsprechung und Schrifttum ist auch ... nirgends mit näherer Begründung der Grundsatz aufgestellt worden, der Kündigende könne keinen Schadensersatzanspruch nach § 628 Abs. 2 BGB fordern, wenn auch der andere Teil fristlos hätte kündigen können... . Dem ist beizutreten. Mit Recht weist Staudinger ... darauf hin, in einem solchen Fall sei kein Schaden entstanden Streng genommen trifft diese Begründung nur zu, wenn beide Teile mit Recht gekündigt haben, oder wenn zwar nur einer gekündigt hat, aber festgestellt werden kann, daß der andere ebenfalls gekündigt haben würde, wenn ihm nicht der eine damit zugekommen wäre. ... Aber auch wenn nicht festgestellt werden kann, daß der Gegner des Kündigenden von seinem eigenen Kündigungsrecht Gebrauch gemacht hätte, kann nicht anders entschieden werden. Es würde gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn man den Empfänger der Kündigung deshalb schlechter stellen wollte, weil er seinerseits bereit war, trotz des vertragswidrigen Verhaltens des Kündigenden noch am Vertrag festzuhalten.

3. Die Richter haben der Versuchung offenbar nicht widerstehen können, den Anschein zu erwecken, daß nicht die in den Begriff hineingelegten Wertungen, sondern die Begriffe selbst die Wahl einer bestimmten Entscheidungsvariante notwendig machten.

BGHZ 2,153: Die Genehmigung eines schon früher abgeschlossenen Vertrages setzt begrifflich Kenntnis und den Willen des Genehmigenden voraus, daß der Vertrag erst mit seiner Genehmigung rechtswirksam wird; sie erfordert deshalb, daß sich der Genehmigende der schwebenden Unwirksamkeit des früher abgeschlossenen Vertrages bewußt ist oder doch jedenfalls mit einer solchen Möglichkeit rechnet (so auch RGZ 118,336...).

Aus der Begründung in RGZ 118,336 f und den dort aufgestellten Voraussetzungen wird deutlich, wie gefährlich diese begriffslogischen Verselbständigungen sind. Das Reichsgericht führt aus: Eine solche Äußerung oder Handlung ... könnte aber nur dann als Genehmigung im Sinne des Gesetzes gedeutet werden, wenn darin der Ausdruck des Willens zu finden wäre, den vom Genehmigenden als unverbindlich erkannten Vertrag nunmehr für ihn verbindlich zu machen Wenn auch nicht volle Kenntnis davon vorhanden zu sein braucht, daß der zu genehmigende Vertrag ohne Genehmigung rechtsunwirksam ist, so muß sich doch der Genehmigende der Möglichkeit einer solchen Rechtsunwirksamkeit bewußt sein und (!) für diesen Fall den Erfolg des Wirksamwerdens des Vertrag durch die Genehmigung in seinen Willen aufgenommen haben. ...

Zu derselben Problematik BGH WM 1965, S. 1006,1008: ... würde für eine Genehmigung keineswegs ausreichen, weil diese ihrem Wesen nach voraussetzt, daß der Genehmigende sich der schwebenden Unwirksamkeit der ... Geschäfts bewußt ist oder zumindest mit der Möglichkeit, daß es unwirksam sei, rechnet ...

Siehe weiter insbesondere BGHZ 26,221 und BGHZ 14,128; vgl. auch BGHZ 7,271,272.

4. Außerordentlich bedenklich schließlich die Argumentation in NJW 1973,1844:

Wenn man, wie die Kammer, davon ausgeht, daß die Angabe von konkreten Vergleichsobjekten Wirksamkeitserfordernis des Erhöhungsverlangens ist, dann ist ein Erhöhungsverlangen, das diesen Erfordernissen nicht entspricht, zur Gänze unwirksam und rechtlich ein "Nullum". Dann kann es aber überhaupt keine Folgen nach Art. 1 § 3 Abs. 3 WohnKSchG auslösen...

4.7. BEWÄHRTE LEHRE UND OBERLIEFERUNG

1. Eine "bewährte Lehre und Oberlieferung" könnte sich wie folgt herauskristallisieren:

BGHZ 38,63 f: Die Benutzung eines Grundstücks führt meist zu Einwirkungen immaterieller Art auf die Nachbargrundstücke, so daß das Zusammenleben von Nachbarn eine vollständige Ausschließung jeder Einwirkung nicht zuläßt, sondern gegenseitige Rücksichtnahme gebietet (RGZ 11,341,343). Das Bürgerliche Gesetzbuch geht dabei von der gewöhnlichen Benutzung des Bodens aus und bezweckt, "die Grenzen der exzessiven Immission einigermaßen elastisch" den örtlichen Verschiedenheiten und zeitlichen Veränderungen anzupassen (Mot. 3,267). Die Rechtsprechung war bei der Auslegung des § 906 BGB bestrebt, die unter Nachbarn gebotene Rücksichtnahme unter Abwägung der widerstreitenden Interessen im Einzelfall zu bestimmen. Unter Rückgriff auf den dem Gesetz zugrundeliegenden Gedanken des Interessenausgleichs innerhalb eines "Nachbarverhältnisses" (Ihering, Jher-Jb 6,81,96) oder einer "notwendigen Nutzungsgemeinschaft" (Heck, Sachenrecht S. 216 ff; vgl. Klausing, JW 1937,68) entwickelte die Rechtsprechung im Zuge des technischen Fortschritts den Grundsatz, daß ein Störbetrieb die schädigende Auswirkung unter entsprechender Wahl und Handhabung der Betriebsmittel möglichst herabzumindern hat (RGZ 133,152,155; 154,161,167; 162,357; OGHZ 2,187). Darüber hinaus gewährte sie, unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt (nachbarliches Gemeinschaftsverhältnis) einen Geldentschädigungsanspruch auch in dem Fall, daß die beeinträchtigende Einwirkung ortsüblich und damit rechtmäßig war, wenn dem gestörten Nachbarn die Existenzvernichtung drohte (RGZ 154,161; 159,129,139; OGHZ 2,187) oder - nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats - auch nur sein wirtschaftliches Fortkom-

men schwer beeinträchtigt war (BGHZ 30,273,280). Diese von der Rechtsprechung zu § 906 BGB entwickelten Grundsätze sind entsprechend der Abänderung des § 906 BGB durch das Gesetz über die Änderung der Gewerbeordnung und Ergänzung des Bürgerlichen Gesetzbuchs vom 22. Dezember 1959 (BGBl I 781) seit dem 1. Juni 1960 nunmehr geltendes Recht geworden. ... Somit erledigt sich insoweit, als das Grundstückseigentum im Rahmen der Zuführung von unwägbaren Stoffen durch § 906 BGB im besonderen neu abgegrenzt ist, der seither geübte Rückgriff auf die allgemeine Regel von Treu und Glauben. Es ist nicht mehr erforderlich, neben dem in § 906 BGB geordneten Ausgleich der nachbarlichen Interessen auf diesem besonderen Gebiet ... die umfassende Generalklausel heranzuziehen.

Weitere Beispiele insbes. in BGHZ 20,340 ff (wegen der Länge des Zitats hier leider nicht darstellbar); BGHZ 34,358 ff; BGHZ 47,237 f; BGHZ 50,113 f.

2. Der Gefahr, daß eine bestimmte Lehre sich nicht bewährt, sondern allein erjährt, wird umso mehr Vorschub geleistet:

2.1. Je mehr die von der überkommenen Lehre gemachten vorsichtigen Formulierungen und Einschränkungen ausgeblendet werden.

NJW 73,1797: Es ist anerkannten Rechts, daß Allgemeine Geschäftsbedingungen wie auch (Palandt-Heinrichs, BGB, 32. Aufl., Einf. vor § 145, Anm. 6 E) Verpflichtungen in Formularverträgen dann der Rechtswirksamkeit ermangeln, wenn und soweit sie unangemessene überraschende Klauseln enthalten, in denen sich die mißbräuchliche Verfolgung ...

Palandt-Heinrichs, a.a.O., führt aus: "Zweifelhaft ist, ob der Formularvertrag hinsichtlich der Inhaltskontrolle den für die AGB herausgebildeten Grundsätzen unterworfen werden kann. Das wird zu bejahen sein, wenn ..."

2.2. Je mehr die Richter auf anonyme Meinungen verweisen.

BGHZ 14,277 f: Wenn auch ..., so gelten doch nach einhelliger Auffassung Besonderheiten dann, wenn der Verlust auf das Eingreifen der Behörde zurückzuführen ist. ... Es besteht kein Anlaß zur Abweichung ...

Siehe weiter: OLGZ 65,256 (Gegenmeinung anonym gelassen); BGHZ 7,274 (unveröffentlichte Entscheidung); BGHZ 7,272 f.

2.3. Je mehr die Richter auf Autoritäten verweisen, die für ihre Auffassung selbst keinerlei Begründungen angeben.

OLGZ 69,418: In diesem Fall steht dem Kläger nach § 652 BGB ein Maklerlohn nur zu, wenn der vermittelte Vertrag wirksam ist, ein Maklerlohnanspruch scheidet also aus, wenn der vermittelte Vertrag formnichtig ist (Palandt-Thomas 28. Aufl. § 652 BGB Anm. 4 C a; Wagner bei Erman 4. Aufl. § 652 BGB Anm. 5 b; Denecke RGRK 11. Aufl. § 652 BGB Anm. 7; Riedel bei Staudinger 11. Aufl. § 652 BGB Rdz. 26).

Siehe dazu die genannten Zitate; z.B. Staudinger a.a.O.: Der Vertrag muß verbindlich sein. ... So ist zB bei einem Formmangel des Hauptvertrags, der diesen nichtig macht, auch keine Mäklergebühr verdient ...

Nicht untypisch erscheint auch die hinter dem Zitat stehende Haltung: was die vier großen Kommentare für richtig halten ...

Vgl. weiter BGHZ 29,295.

2.4. Je mehr die Richter dazu übergehen, Begründungen durch Zitate zu ersetzen.

OLGZ 65,256: Die Zweimonatsfrist des § 1671 Abs. 1 Satz 1 BGB ist nach ganz überwiegender Auffassung keine Ausschußfrist (BayObLG 1962,313 = NJW 1963, 589 = FamRZ 1963,141; BayObLGZ 1964,71 = NJW 1964, 1134 = FamRZ 1964,310; LG Darmstadt FamRZ 1960,502 mit Anm. von Schwoerer; Schwoerer FamRZ 1958,433 [436]; Meyer in RGRK § 1671 Anm. 53; Soergel-Siebert-Lange § 1671 Anm. 20; Palandt-Lauterbach § 1671 Anm. 2; Gernhuber, Familienrecht, § 56 III 2; Dölle, Familienrecht, § 97 III 4).

Weitere Beispiele in BGHZ 10,322; 19,206,207 (siehe insbesondere das Zitat RGZ 67,326 und die dort gegebene Begründung); 29,295.

2.5. Je mehr sie zu der Annahme neigen, das Maß der Bewährtheit verhalte sich proportional zur Länge des Zitats.

Siehe dazu das vorgenannte Beispiel OLGZ 65,256 und weiter: NJW 73,713; BGHZ 12,303 f; 9,277 f; 1,171 f (mit der nachfolgenden Feststellung: Einer allgemeinen Stellungnahme des Senats zu der aufgeworfenen Frage bedarf es indes im vorliegenden Falle nicht).

2.6. Je mehr kritische Stimmen begründungslos übergegangen werden.

OLGZ 73,201: Zwar wird im Schrifttum vereinzelt der Versuch unternommen, die Grundsätze der Haftungsminderung gefahreneigener Tätigkeit auch außerhalb des Arbeitsrechts auf die Dienstleistung von selbständig Tätigen oder von Werkunternehmern auszudehnen, die in einer arbeitnehmerähnlichen Position tätig werden (vgl. Neumann-Duesberg JZ 1964,433; Becker-Schaffner NJW 1969,1235; Isele NJW 1963,1100). Mit Recht verlangt jedoch die herrschende Meinung, daß der Dienstverpflichtete eine vom Dienstberechtigten abhängige und weisungsgebundene Tätigkeit ausübt (vgl. BGH LM Nr. 21 zu § 611 BGB m.w.N. = AP Nr. 28 zu § 611 BGB - Haftung des Arbeitnehmers - m. zust. Anm. von Hueck = NJW 1963, 1100 m. krit. Anm. von Isele). An einer derartigen Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit fehlt es hier. Siehe insbesondere auch BGHZ 16,336 f.

2.7. Je mehr die Richter insgesamt dazu übergehen, das Faktum der selbständigen schöpferischen Entscheidung durch breite Zitierungen zu verdecken.

Das klassische Beispiel in BGHZ 25,298 f: Wöhrmann nimmt folgerichtig an Lange/Wulff (Höfeordnung, 4. Aufl. S. 302) halten ebenfalls Dieselbe Auffassung hat der Oberste Gerichtshof für die britische Zone vertreten, der ... auf Vogels (aaO) verweist. Auch das Oberlandesgericht Celle hat In demselben Sinne hat sich das Oberlandesgericht

Schleswig Der erkennende Senat hat seiner Entscheidung vom 31. Januar 1956 (V.BLW 53/55) ebenfalls weitgehende Abänderungen ... durch die Vorinstanzen gebilligt. Nach alledem (!) ist die Abänderung vertraglich vereinbarter Altenteilsleistungen ... auch dann zulässig, wenn

4.8. PRÄJUDIZ

1. Das richterliche reasoning from case to case ist überall nachweisbar.

NJW 1973, S. 1706: Die genannte Rechtsprechung betrifft zwar finanzierte Abzahlungskäufe, während es sich hier um einen finanzierten Ausbildungsvertrag handelt, der sich rechtlich im wesentlichen als Dienstvertrag darstellt. Die maßgeblichen Umstände ... und die darauf beruhende Interessenlage aber sind gleich, so daß keine Bedenken bestehen, die Grundsätze dieser Rechtsprechung auch für derartige finanzierte Dienstleistungsverträge anzuwenden...

OLGZ 65, S. 18: Hierbei ist unerheblich, daß es sich im vorliegenden Fall nicht um außerhalb des Vertragstextes stehende allgemeine Geschäftsbedingungen handelt, auf die im Vertragstext lediglich Bezug genommen wurde, daß vielmehr die von der Klägerin abgefaßten Vertragsbedingungen den eigentlichen Vertragstext darstellen und dementsprechend auch von der Beklagten unterschrieben wurden. Denn dies ändert nichts daran, daß ...

BGHZ 23,257: Es kann für die Beurteilung ... keinen Unterschied machen, ob es sich bei der formlosen Vereinbarung um einen Übergabevertrag oder Vorvertrag zu einem Übergabevertrag oder um einen Erbvertrag handelt. Der Grundsatz von Treu und Glauben ... muß auch auf erbrechtliche Verträge Anwendung finden. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb erbrechtliche Vereinbarungen ...

Siehe auch: NJW 1973, S. 708 u. 1704; OLGZ 68, S. 391; BGHZ 5,194 f; 16,265 ff; 16,334; 17,22 ff; 20,344; 31,10; 45,294; 47,233 ff; 50,200 ff.

Zum Prozeß der Weiterentwicklung und Verfestigung einer Grundsatzentscheidung:

BGHZ 23, 177 f: Der Bundesgerichtshof hat im Urteil vom 14. Juli 1956 ... anerkannt, daß Rechtsbeziehungen der Parteien zueinander, wie sie sich im heutigen Massenverkehr ergeben, unter Umständen auch dann als Vertragsverhältnis (im weiteren Sinne) angesehen werden können, wenn übereinstimmende Willenserklärungen fehlen. Die zurückhaltende Beurteilung durch Wieacker ... gibt dem Senat keine Veranlassung, dem Gedankengang des angeführten Urteils nicht zu folgen. Der von Wieacker gezeigte Weg führt nicht überall zum Ziele, was gerade für den vorliegenden Fall zutrifft. Gerade im Rahmen der öffentlichen Versorgung mit Gas, Wasser und Elektrizität ermöglicht die Betrachtungsweise dieses Urteils befriedigende Ergebnisse.

Ebenso: BGHZ 23,255; 23,304; 34,358; 47,187 (Reaktion auf Ausweitungstendenzen der Untergerichte).

Zum Phänomen der Profilierung einer ständigen Rechtsprechung:

BGHZ 50,113 f: Die gefestigte Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum Mißbrauch der Vertretungsmacht hat der VII. Zivilsenat in seinem Urteil vom 28. Februar 1966 ... dahin zusammengefaßt: ...

Vgl. dazu auch: BGHZ 34,83 f; 41,160 f.

2. Der Anspruch, daß Präjudizien richterliche Erwägungs- und Entscheidungsspielräume einschränken, und zwar wegen der ihnen innewohnenden "inneren Überzeugungskraft" oder auch nur wegen des Nichtvorhandenseins von guten Gründen für eine Abweichung, wird umso fragwürdiger:

2.1. je mehr bei den Richtern das Absicherungsbedürfnis ein derartiges Maß erreicht, daß sie offenbar glauben, selbst Erfahrungstatsachen präjudiziell abstützen zu müssen.

NJW 1973, S. 1881 (zum Umfang eines schuldrechtlichen Wohnrechts): Der ordnungsgemäße Zustand der Heizungsanlage ermöglicht nämlich in aller Regel erst dem Wohnberechtigten die ungestörte Benutzung der Wohnung. Wollte man dem Eigentümer die Entscheidung überlassen, ob eine Reparatur vorgenommen wird oder

unterbleibt, so könnte das zu einer empfindlichen Beeinträchtigung des Wohnrechts führen (so BGH, MDR 69,834).

Siehe auch: BGHZ 5,188.

2.2. je weniger im Einzelfall der Verdacht von der Hand zu weisen ist, daß Präjudizien allein dazu benutzt werden, um die tragenden Vernünftigkeitserwägungen in den Hintergrund treten zu lassen.

BGHZ 50,202 ff: Der Bundesgerichtshof hat eine Sachentscheidung dahin, daß beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften ein Anspruch auf Ersatz des Mangel- folgeschadens stets ausgeschlossen sei, bisher nicht getroffen. Der erkennende Senat hat ... in vier ... Urteilen einen solchen Anspruch zugebilligt. Im Falle BGHZ 48,118 ff hatte die Klägerin Dem Urteil vom 7. August 1959 - VIII ZR 113/58 - liegt ein Fall zugrunde Im Falle des Urteils vom 26. Januar 1960 - VIII ZR 7/59 - hatte der Verkäufer Das Urteil vom 20. Dezember 1965 - VIII ZR 220/63 - behandelt schließlich Der Senat hat in anderen Entscheidungen Der erkennende Senat ist jedenfalls der auch von Diederichsen ... vertretenen Auffassung, daß die Tragweite einer Eigenschaftszusicherung im Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln ist. Mangel folgeschäden sind nach § 463 Satz 1 BGB zu ersetzen, wenn die Auslegung ergibt, daß die Zusicherung nicht nur zu dem Zwecke gegeben wurde, dem Käufer zu einem ungestörten Genuß der Kaufsache zu verhelfen, sondern daß darüber hinaus auch das Ziel verfolgte, ihn gegen auftretende Mangel folgeschäden abzusichern (Diederichsen aaO S. 161). ... Ein allgemeiner Ausschluß der Haftung von Mangel folgeschäden bei Zusicherung von Eigenschaften würde überdies in vielen Fällen zu unbefriedigenden Ergebnissen führen. Beim Warenkauf, bei dem die Ware dazu bestimmt ist, vom Käufer benutzt oder verbraucht zu werden, sind Mangel folgeschäden meist die einzig wirklich schwerwiegenden Schäden. Eine vom Käufer abgegebene Zusicherung wäre praktisch bedeutungslos ...

Siehe auch: BGHZ 18,344 ff; 20,340 ff,344; 22,95 ff, 97,99; 50,193ff; anders dagegen BGHZ 6,332 ff.

2.3. je mehr die Richter Präjudizien offenbar allein deshalb einsetzen, um durch den Nachweis von Kon-

tinuität und Kohärenz Konsenschancen zu erhöhen, dabei aber in die Verlegenheit geraten, zeitlich wie sachlich fernliegende Vorentscheidungen heranziehen und Ähnlichkeiten mühsam darlegen zu müssen.

NJW 1973, S. 2254: Allein die Tatsache, daß in unmittelbarer Nähe (150 m) des Hotels eine Großbaustelle in Betrieb war, stellt für den im vorliegenden Fall berechtigterweise von einer ruhigen Unterkunft ausgehenden Beklagten eine so schwere psychische Beeinträchtigung dar, daß die Mietsache nicht mehr für den vertragsmäßigen Gebrauch tauglich war. Der Kläger mag sich in die Situation eines auf Ruhe und Erholung eingestellten Urlaubers hineinversetzen, dem es gelungen ist, eine Unterkunft in hervorragender und ruhiger Lage zu bekommen und der dann neben einer Großbaustelle wohnen soll. Auch wenn von dieser Großbaustelle keine Lärmbelästigung ausgegangen sein sollte, ... sieht sich gleichwohl der Urlauber dem ständigen psychischen Druck ausgesetzt, ob es nicht im Verlaufe des Urlaubs noch zu einer Lärmbelästigung kommt. Hier sind noch zwei weitere Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Einerseits stammt der Beklagte aus dem Baufach. Er kennt also die Dinge. Zum anderen ... Dieser psychische Druck muß im vorliegenden Fall dazu führen, daß der durch die Miete gewollte Zweck (Ruhe und Erholung) vereitelt wird und daher ein vertragsgemäßer Gebrauch nicht möglich ist.

Daß von der Mietsache ausgehende psychische Beeinträchtigungen einen Fehler i.S. des § 537 Abs. 1 BGB darstellen können, ist im übrigen z.B. für den Fall anerkannt, in dem eine Wohnung durch früheren Aufenthalt von Prostituierten in Verruf geraten ist ...

Weitere Beispiele in: NJW 1973, S. 708 (Präjudiz betrifft Verhältnisse fortschreitender Kriegszeit); 1973, S. 807; 1973, S. 2295; OLGZ 68, S. 393; BGHZ 5,112; 12,160; 19,281; 32,96.

2.4. je mehr sich die tragenden Gründe in un veröffentlichten Entscheidungen verlieren.

BGHZ 14,128 f: Eine Berufung auf Treu und Glauben und unzulässige Rechtsausübung gegenüber diesem Fristablauf im Hinblick darauf, daß das beklagte Land den Kläger unstreitig immer wieder auf eine noch zu treffende Entscheidung vertröstete, greift

nicht durch, weil die Fristen des § 143 BBG einer Parteivereinbarung nicht zugänglich sind und deshalb kein Raum dafür besteht, sich auf ihren Ablauf zu 'berufen'. Der dem sachlichrechtlichen Gebiet angehörende Grundsatz von Treu und Glauben im Verkehr ist hier nicht anwendbar, wie der Senat bereits auf S. 7/8 seines insoweit in BGHZ 10,303 nicht abgedruckten Urteils vom 21. September 1953 ausgesprochen hat; ein Anlaß, von dieser Rechtsprechung abzuweichen, besteht nicht.

Siehe insbesondere BGHZ 12,87 und NJW 1973, S. 1932; weiter BGHZ 7,203; 21,335; 22,381; 31,6; 41,158.

2.5. je mehr die Richter (bewußt oder unbewußt) eine Versandungstechnik anwenden, bei der solange von Präjudiz zu Präjudiz zurückverwiesen wird, bis das letzte Glied der Kette schließlich nicht mehr beziehungsweise faktisch kaum noch greifbar ist oder selbst keinerlei Begründung liefert.

BGHZ 47,234: Nach gefestigter Rechtsprechung sind Kauf- und Finanzierungsgeschäft, auch wenn sie - wie hier - durch den Zweck miteinander verbunden, geradezu darauf abzielen, gemeinsam einen einheitlichen Lebensvorgang zu regeln, grundsätzlich als rechtliche selbständige Rechtsgeschäfte zu werten (BGHZ 20,36,41; 33,293,295; 37,94,99; LM zu AbzG § 6 Nr. 5)...

Dazu BGHZ 20,41: Dabei hält der Senat an seiner Auffassung fest, daß Kauf und Darlehen bei solchen Warenkreditgeschäften rechtlich zwei selbständige Geschäfte sind (vgl. Urteil des Senats vom 7. Dezember 1955 - IV ZR 45/55 -).

Siehe auch: BGHZ 14,9 (zur Frage des ursächlichen Zusammenhangs bei § 818 Abs. 3 BGB) BGHZ 1,81 RGZ 106,7 (und RGZ 141,213) RGZ 60,293; 72,3 und 86,343. RGZ 60,293 legt das Ursächlichkeitserfordernis als Selbstverständlichkeit zugrunde.

BGHZ 9,5 (§ 225 Satz 2 BGB bei vorsätzlichem Verschulden?) RG LZ 1930,248 (als Selbstverständlich-

keit zugrundegelegt) und RGZ 135,176. RGZ 135,176
RGZ 66,363 (nur ähnlich gelagerte Problematik)
und RG WarnR 1912 Nr. 154 (offenbar als Selbstver-
ständlichkeit zugrundegelegt).
BGHZ 7,203 BGHZ 2,140 (keine Begründung) und
BGHZ 4,196 (Hinweis auf ständige Rechtsprechung
der Gerichte) und BGHZ 6,62 f (keine Begründung).

2.6. je mehr die Richter anscheinend annehmen, es
sei sinnvoller, eine Vielzahl abstützender
Vorentscheidungen fleißig zusammenzutragen, als
auf deren tragende Gründe abzustellen.

NJW 1973, S. 1705: Die Anerkennung der rechtlichen
Trennung trotz wirtschaftlichen Zusammenhangs ent-
spricht der obergerichtlichen Rechtsprechung zum
vergleichbaren Fall des finanzierten Abzahlungs-
kaufs (BGH, NJW 56,705; 61,166,167; 62,1100,1101;
67,1022,1023; 67,1025; 67,1026,1027; 67,1028).

2.7. je stärker sich der Verdacht einstellt, daß auf
die Auseinandersetzung mit Gegenmeinungen völlig
verzichtet wird.

BGHZ 43,79: Die Revision des klagenden Landes ist
der Auffassung, daß alle familienrechtlichen Beson-
derheiten und alle Gesichtspunkte, die zur Ein-
schränkung des gesetzlichen Forderungsübergangs
führen könnten, dann gegenstandslos würden, wenn
feststehe, daß der Haftpflichtversicherer Deckungs-
schutz gewähren müsse. Zu dieser Frage hat der Se-
nat bereits im Urteil BGHZ 41,79,84 Stellung ge-
nommen und die vom klagenden Land vertretene Rechts-
ansicht zurückgewiesen.

Dazu das Argument in BGHZ 41,84: Sollte im Einzel-
fall bei einer Schadenszufügung unter Familienange-
hörigen für den Schädiger der Schutz einer privaten
Haftpflichtversicherung eingreifen, so würde hier-
durch an dem Ergebnis nichts geändert, daß der For-
derungsübergang auf den Sozialversicherungsträger
ausgeschlossen ist. Schon weil der Haftpflichtver-
sicherungsschutz durch besondere Leistungen erkauf-
t werden muß, geht es nicht an (!), in dieser Richtung

die haftpflichtversicherten Schadensfälle anders zu behandeln als die nichtversicherten.

2.8. je stärker sich der Verdacht einstellt, daß sich (insbesondere Untergerichte) nur scheinbar mit Gegenmeinungen auseinandersetzen.

NJW 1973, S. 1705: Die Anerkennung der rechtlichen Trennung trotz wirtschaftlichen Zusammenhangs entspricht der obergerichtlichen Rechtsprechung zum vergleichbaren Fall des finanzierten Abzahlungskaufs (BGH, NJW 56,705; 61,166, 167 ...). Soweit in der Literatur die rechtliche Einheit von Grundgeschäft und Darlehensgeschäft befürwortet wird (neuerdings Palandt-Heinrichs, BGB, 32. Aufl., § 6 AbzG Anh. 3; Löwe, NJW 71,2303; Emmerich, JuS 71,273; Strätze, JR 72,95), läßt sich dies mit dem Wortlaut der Verträge nicht vereinbaren.

Dazu Palandt-Heinrichs a.a.O.: Der funktionelle Zusammenhang wird nur durch die AGB oder den Formularvertrag in zwei Verträge ausgespalten, während wirtschaftlich ein einheitliches Geschäft vorliegt Das rechtfertigt es, im Wege richterliche Inhaltskontrolle von AGB ... ein einheitliches Rechtsgeschäft mit uneingeschränktem Einwendungsdurchgriff anzunehmen.

2.9. je vordergründiger die Untergerichte insgesamt bei Verschweigen der wahren Motive unter von Obergerichten aufgestellte Entscheidungsnormen glatt subsumieren.

NJW 1973, S. 1126,1127: Maßgeblich ist jedoch nicht, ob die sich in den AGB unterwerfende Vertragspartei im Einzelfall von einer Klausel überrascht worden ist, sondern ob ein billig und gerecht denkender Mensch, also ein aufgeschlossener, mündiger Staatsbürger, mit einer solchen Klausel rechnen würde (BGHZ 54,110 = NJW 70,1596). Unter diesem Gesichtspunkt überrascht jedoch eine Gerichtsstandsklausel normalerweise auch dann nicht, wenn der Kunde in seiner Wohnung auf die alleinige Initiative des Unternehmers zu einem Vertragsschluß veranlaßt wird. Sofern sich, wie im vorliegenden Fall, der Sitz des

Unternehmens aus dem Kaufvertrag ergibt, kann auch hier der Kunde nicht annehmen, daß der Unternehmer auf die Vorteile der üblichen Gerichtsstandsklausel verzichten werde.

Dazu die Anmerkung eines an der Entscheidung beteiligten Richters (a.a.O.): ... Dagegen würde ein solcher mündiger Staatsbürger - wenn er überhaupt an einen Rechtsstreit oder einen Gerichtsstand denken würde, was in den seltensten Fällen geschehen wird - dann, wenn sein Wohnsitz offensichtlich nicht mit dem Sitz des Unternehmens zusammenfällt, in aller Regel mit einer Gerichtsstandsklausel zugunsten des Unternehmers rechnen, denn er müßte zugeben, daß auch beachtenswerte Gründe hierfür bestehen ... Von einem Mißbrauch kann umsoweniger die Rede sein, je größer das Warenangebot ist; dieses ist aber, was Konsumgüter betrifft, im allgemeinen seit Jahren so gut wie unbegrenzt. Auch einfache Menschen sind in der Regel fähig, sich unter vielen Angeboten ein günstiges herauszusuchen. ... Es ist auch nicht einzusehen, weswegen ein Unternehmer, der mit besonderer Aktivität Kunden gezielt angeht, wegen dieser Aktivität auf eine ihm günstige Gerichtsstandsklausel verzichten sollte. Denn diese Aktivität ist in einer Wettbewerbsgesellschaft legitim, ja sogar erwünscht und muß keineswegs von vornherein für den Kunden nachteilig sein. Wer sich durch eigene Aktivität außerhalb seines Geschäftssitzes um Vertragsabschlüsse bemüht, dem kann ebensowenig von vornherein unterstellt werden, er nütze Schwächen seiner Mitmenschen rücksichtslos aus ..., wie beispielsweise einem Unternehmen, das durch unaufhörliche, tiefenpsychologisch untermauerte Werbung in den Massenmedien seine Markennamen in unsere Gehirne einätzt. Ein Blick in ein Buch wie "Die geheimen Verführer" von

Vance Packard genügt, um zu lernen, daß derjenige, der ein nach psychologischen Erkenntnissen eingerichtetes Warenhaus betreibt, in das die Kunden von sich aus kommen, diese viel fester in Griff haben kann, als der durchschnittliche, zwar redigewandte, aber verkaufpsychologisch nicht durchgebildete Vertreter die von ihm aufgesuchten Personen. ...

2.10. je mehr die Richter auf eine ständige Rechtsprechung verweisen, bei der niemand weiß, woher die Richter die Information haben, daß es sich tatsächlich um eine ständige Rechtsprechung handelt.

Vgl. z.B. NJW 1973, S. 2302.

2.11. je stärker bei einer Urteilsanalyse der Eindruck entsteht, daß eine Situation, in der Richter zur Abstützung ihrer Auffassungen ein Präjudiz nicht heranziehen können, nicht vorstellbar erscheint.

Dazu z.B. OLGZ 66, S. 334 f: Mit Schmidt-Salzer ... und im Gegensatz zu BGH WM 1966,1185 ist der Senat der Auffassung, daß unter Zugrundelegung des gleichen Sachverhalts (z.B. gemeinsamen Irrtums über die bisherige Fahrleistung) bei Geltung der §§ 459 ff BGB (d.h. ohne Freizeichnung) und bei Ausschluß der §§ 459 ff BGB ein grundsätzlicher Unterschied besteht ... Wenn jedoch der allgemein anerkannte Grund für den Ausschluß des Anspruchs wegen Fehlens der Geschäftsgrundlage, der mit Ansprüchen nach den Spezialvorschriften der §§ 459 ff BGB konkurriert, nicht vorliegt ..., besteht kein Anlaß, diesen Anspruch des Käufers ohne weiteres als ausgeschlossen anzusehen. Der Senat folgt damit lediglich dem vom BGH anerkannten Grundsatz, daß Sonderbestimmungen die Berücksichtigung des Fehlens der Geschäftsgrundlage nur so weit ausschließen, als sie selbst eingreifen (BGH WM 1969,499; vgl. auch BGHZ 40,336 und BGH LM § 242 (Bb) BGB Nr. 18 Ziff. 3).

4.9. EVIDENZ

1. Die Richter bemühen sich darum, dem Leser (bzw. den Betroffenen) Evidenzerlebnisse zu verschaffen.

BGHZ 48,115 f: Aus den ... genannten Gründen ist es geboten, die §§ 477 Abs. 3, 639 Abs. 1 BGB auf Bauverträge, die der Verdingungsordnung für Bauleistungen unterliegen, jedenfalls insoweit entsprechend anzuwenden, als es um die Verjährungshemmung nach § 639 Abs. 2 BGB geht. Die Richtigkeit des Ergebnisses wird durch folgende Erwägung bestätigt:

Nach §§ 639 Abs. 1, 477 Abs. 2 BGB unterbricht ein Beweissicherungsantrag des Bestellers die Verjährung bis zur Beendigung des Beweissicherungsverfahrens. Daß diese Vorschrift auch im Baurecht der Verdingungsordnung für Bauleistungen gilt, ist allgemeine Meinung und nicht zweifelhaft ... Auch hier tritt die Frage auf, auf welchen Gewährleistungsanspruch die Unterbrechung sich bezieht. Im Allgemeinen Bürgerlichen Recht ist die Frage durch § 477 Abs. 2, jedenfalls aber Abs. 3, dahin klargestellt, daß es alle Gewährleistungsansprüche sind. Im Bereich der Verdingungsordnung für Bauleistungen kann nichts anderes gelten; sonst müßte man vom Bauherrn verlangen, daß er schon beim Beweissicherungsantrag angibt, ob er Nachbesserung, Minderung oder auch Schadensersatz anstrebt. Dies ist zu diesem Zeitpunkt unzumutbar, wie keiner näheren Darstellung bedarf. Der Beweissicherungsantrag muß also die Verjährung sämtlicher Gewährleistungsansprüche der Verdingungsordnung für Bauleistungen einschließlich des Schadensersatzanspruchs unterbrechen. Es ist nicht ersichtlich, aus welchem Grunde die zu § 639 Abs. 2 BGB vorgegebene Hemmung anders beurteilt werden sollte.

Siehe weiter OLGZ 68, S. 391; BGHZ 9,159 f; insbes. BGHZ 21,79 f (wegen der Länge des Zitats an dieser Stelle nicht zitierfähig); BGHZ 40,16.

Gefährlich wird ein solches Vorgehen allerdings dann, wenn augenscheinlich bereits vor Beginn der sachlichen Begründung Evidenzen erzeugt werden sollen.

BGHZ 2,239: Das am 27. Juni 1948 in Kraft getretene Umstellungsgesetz stellt in dem § 16 Abs. 1 Reichsmarkforderungen grundsätzlich mit der Wirkung auf

Deutsche Mark um, daß der Gläubiger an den Schuldner für je 10 Reichsmark eine Deutsche Mark zu zahlen hat. Durch diese Gesetzesvorschrift wurden somit die Darlehensschulden der Rüstungsunternehmen im Verhältnis 10 : 1 umgestellt, also um neun Zehntel ermäßigt. Damit verloren die Banken neun Zehntel ihrer Darlehensansprüche. Es handelt sich demnach in den Rechtsstreitigkeiten nur noch darum, ob die Schuldner wegen des letzten Zehntels der ihnen gewährten aber nicht zurückgezahlten Darlehen ein Leistungsverweigerungsrecht besitzen ...

Dann kann sich nämlich später sehr leicht die Notwendigkeit einstellen, von diesen Evidenzen wieder abzurücken; so in BGHZ 7,241: Der Senat sieht auch bei erneuter Prüfung ... (dieser) Rechtsfrage keinen Anlaß, seine frühere Ansicht aufzugeben. Der tragende Grund für die Beurteilung der Rechtsfrage ist die Einordnung der Vorlieferanten in die Hauptkette der Gesamtheit der Lieferanten und die daraus folgende Gefahrengemeinschaft zwischen ihnen. Nur im Rahmen dieses Hauptgrundes hat das frühere Urteil die Tatsache herangezogen, daß der Schuldner durch die Währungsumstellung von neun Zehntel seiner Schuld befreit worden sei. Entscheidend war dieser Hinweis nicht. Daher bedarf die Frage keiner Prüfung.

2. Richter neigen dazu, sachliche Begründungen durch (überflüssige) Evidenzformeln zu verstärken.

BGHZ 21,63: Denn es liegt auf der Hand, daß die Einrichtung einer Pumpstation für eine Gemeinde von etwa 2.000 Einwohnern ein besonderer Vorfall ist, der sich nicht in den Rahmen der laufenden Verwaltung einfügt. Denn die Einrichtung einer Pumpstation ist für eine solche Gemeinde ein einmaliges Geschäft von erheblicher finanzieller Bedeutung ...

Ebenso BGHZ 12,159; 12,379; 13,348; 44,371.

3. Insgesamt zeigt die Urteilsanalyse: nichts ist riskanter als der Rückgriff auf Evidenzen.

Z.B. BGHZ 41,165: Was die Höhe dieses ... Ausgleichsanspruchs anbetrifft, so versteht sich von selbst, daß er auch nicht annähernd den Betrag von 772.663,67 DM erreichen kann, den die Beklagte im angefochtenen Urteil als Vergütung ... zugesprochen erhalten hat.

Vgl. weiter NJW 1973, S. 2303; OLGZ 66, S. 99 f BGHZ 16,272; 21,63; 34,346; 50,177.

4. Zu den besonderen, auch bei der Konsensproblematik auftauchenden Fragenkreisen, siehe 4.10.

"Konsens".

4.10. KONSENS (incl. Rechtsempfinden)

1. Als Konsensinstanzen ließen sich ausmachen:

NJW 73,1126: ein billig und gerecht denkender Mensch, also ein aufgeschlossener mündiger Staatsbürger

NJW 73,1618: die allgemeinen rechtspolitischen Strömungen

NJW 73,1932: der vernünftig denkende Mensch

NJW 73,2302: das Anstandsgefühl der beteiligten Verkehrskreise

NJW 73,2303: das Rechtsgefühl

BGHZ 5,189: die Rechtsordnung

BGHZ 7,137: das deutsche Recht

BGHZ 10,4: das Rechtsempfinden

BGHZ 11,21: jeder Einsichtige

BGHZ 11,21: das allgemeine Rechtsempfinden

BGHZ 11,26: das Rechtsempfinden

BGHZ 12,299: die bäuerliche Rechtsauffassung

BGHZ 13,70: allgemein anerkannt

BGHZ 13,70: das Rechtsempfinden aller billig denkenden Menschen

BGHZ 23,252: das Rechtsempfinden vor allem in bäuerlichen Kreisen

BGHZ 25,45: allgemeine Rechtsüberzeugung

BGHZ 26,33: die Rechtsordnung

BGHZ 30,142: die im abendländischen Kulturkreis

herrschende sittliche Anschauung

BGHZ 30,145: das sittliche Bewußtsein aller gerecht und billig Denkenden

BGHZ 32,77: das natürliche Denken

BGHZ 33,218: der verständig und redlich (gedachte)
Vertragspartner
BGHZ 34,85: unser Recht
BGHZ 37,55: das Rechtsgefühl aller billig und ge-
recht Denkenden
BGHZ 40,337: die redlich denkenden Parteien
BGHZ 40,389 (Hinweis auf Argumentation des RG):
das gesunde Volksempfinden
BGHZ 41,154: billig und gerecht denkende Menschen
BGHZ 45,184: das Gerechtigkeitsgefühl
BGHZ 47,114: das allgemeine Anstandsgefühl.

Die Suche nach Kriterien, mit denen die Richter die
Konsentierenden ermitteln, verläuft ohne Ergebnis
- mithilfe welcher empirischen Methoden sollte auch
z.B. der billig und gerecht denkende Mensch, der
aufgeschlossene und mündige Staatsbürger, das "all-
gemeine" Rechtsempfinden, die bürgerliche Rechtsauf-
fassung, die herrschende sittliche Anschauung des
abendländischen Kulturkreises u.s.w. festgestellt
werden?

1.1. Damit scheint sich die These rechtfertigen
zu lassen, daß das Abstellen auf allgemeine Kon-
sente allein die Funktion hat, Argumente zu ver-
stärken. Das wird überdeutlich in

BGHZ 37,53,55: Das Berufungsgericht ist aber der
Ansicht, ... unter diesen Umständen verstoße das
Klagebegehren des Klägers gegen das Rechtsgefühl
aller billig und gerecht Denkenden Die
von der Revision hiergegen erhobenen Angriffe sind
berechtigt.

Wenig überzeugend erscheinen ebenso die Ausführungen von

BGHZ 13,70: Die gegenteilige Ansicht würde dem
Rechtsempfinden aller billig denkenden Menschen
widersprechen (ebenso im Ergebnis Duden BB 1953,15;
Wendelstein NJW 1954,271).

Warum die Behauptung, daß offenbar alle Menschen
ein bestimmtes Rechtsempfinden haben, durch zwei
Zitate juristischer Autoren abgestützt werden
muß, ist unverständlich.

1.2. Es kann daher nicht verwundern, daß die Richter keinerlei Kriterien angeben, nach denen sie die Konsentierenden ermitteln zu können glauben.

NJW 73,1932: Maßgebend ist, ob vom Standpunkt der betroffenen Partei aus ein Grund vorliegt, der in den Augen eines vernünftig denkenden Menschen geeignet ist, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit des Richters zu erregen. Das entspricht der in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Auffassung.... In Anwendung dieser Grundsätze wird weithin die Meinung vertreten, daß die Mitwirkung des Richters bei der Beurteilung desselben Sachverhalts in einem früheren Verfahren die Ablehnung nicht rechtfertigen könne Die Kammer hält diese Rechtsauffassung in ihrer Allgemeinheit nicht für zutreffend. Nach Ansicht der Kammer ist in solchen Fällen eine sachgerechte Entscheidung nur zu erwarten, wenn auf die Umstände des Einzelfalles abgestellt ... wird ...

Ebenso plakativ:

Denn es läßt sich nicht bestreiten, daß es ... das Rechtsgefühl nicht mehr befriedigt ...

Instruktiv auch BGHZ 12,299 f: Es entspricht bäuerlicher Auffassung, daß derjenige Abkömmling, der ständig auf dem Hof gearbeitet und auf ihm geheiratet hat, auch seit Jahren zum Hofnachfolger aussersehen war, den Hof späterhin tatsächlich erhält, wenn er sich hierauf eingestellt hat und nicht zwin- gende Gründe die Wahl eines anderen Hofnachfolgers rechtfertigen. Diese bäuerliche Denkweise hat neuerdings in der Höfeordnung für das Land Rheinland-Pfalz vom 7. Oktober 1953 ... ihren Niederschlag gefunden, indem dort in § 17 Abs 3 für den Fall der gesetzlichen Hofnachfolge bestimmt worden ist, daß, wenn der Erblasser durch Art und Umfang der Beschäftigung eines Kindes auf dem Hofe hat erkennen lassen, daß dieses Kind den Hof übernehmen soll, es allen anderen Kindern vorgeht. Diese Regelung zeigt (!), daß nach bäuerlicher Auffassung der Dauer, der Art und dem Umfang der Betätigung eines Abkömmlings auf dem elterlichen Hofe rechtliche Bedeutung beigemessen wird, falls der Hofeigentümer dadurch hat erkennen lassen, daß er gerade dieses Kind als Hofnachfolger in Aussicht genommen hat. Das muß aber um so mehr der Fall sein ...

Gerade diese Entscheidung macht deutlich, daß die Richter die Richtigkeit dieser Feststellungen nicht mithilfe empirischer Untersuchungen nachweisen, son-

dern allein durch Plausibilitätserwägungen abstützen und rechtfertigen.

Dasselbe gilt für die folgende Entscheidung, die dadurch besonderes Interesse gewinnt, daß der BGH die reichsgerichtliche Argumentation (Verstoß gegen das gesunde Volksempfinden) nicht übernimmt, sondern an deren Stelle Billigkeitserwägungen unter Berücksichtigung des jeweiligen Interesses der Beteiligten setzt.

BGHZ 40,388,389: Gleichwohl kann die Regel des völligen Anspruchsverlustes bei jeder bewußt unrichtigen Angabe des Versicherungsnehmers, mit der er die Schadensregulierung zu beeinflussen sucht, nicht ungeachtet der besonderen Verhältnisse des Einzelfalles angewendet werden. Wenn das Reichsgericht ... die starre Beachtung der Regel als mit dem 'gesunden Volksempfinden' nicht verträglich bezeichnet hat, so lagen dem nicht die damaligen politischen Verhältnisse zugrunde, sondern die von ihnen unabhängige Erkenntnis Angesichts der unterschiedlichen Sachverhalte, bei denen eine arglistige Täuschung in verschiedenem Maße vorwerfbar ist ..., kann die Verwirkung des ganzen Versicherungsschutzes im Hinblick auf die gerade bei der Feuerversicherung oft weittragenden Folgen für die gesamte Lebensführung des Versicherungsnehmers im Einzelfall als unverhältnismäßige, vom Interesse des Versicherers nicht geforderte, gröblich unbillige Folge des Verstoßes erscheinen. Die Berufung auf § 16 AFB mit der Folge, daß jeglicher Versicherungsschutz versagt werden kann, verstößt dann gegen das Gebot der Wahrung von Treu und Glauben.

Ebenso BGHZ 41,154,155 (würde der geschädigte Einlagerer oft praktisch rechtlos werden).

1.3. Im Übrigen ist erstaunlich, für welche Fragen allgemein Konsense postuliert werden.

BGHZ 11,16,21 (Urt. vom 28. Okt. 1953): Die Auslegung der Revision würde auch dem Sinn und Zweck des Rückerstattungsgesetzes zuwiderlaufen, denn der Grund für diese Regelung ist in der dem allgemeinen Rechtsempfinden zuwiderlaufenden widerrechtlichen Entziehungshandlung, die den Rechtsmangel begründet, zu erblicken, bei der 'der Ariseur' unter Ausnutzung der damaligen politischen Verhältnisse sich die

Zwangslage des rassisch Verfolgten zunutze machte. Ebenso BGHZ 13,70: Es widerspricht Treu und Glauben, wenn die Klägerin, die mit der Reichsbahn identisch ist, im Gegensatz zu dem von ihr als Teil des Reiches früher eingenommenen antijüdischen Verhalten nunmehr Ansprüche gegen den Beklagten geltend macht, die gerade darauf beruhen, daß der Beklagte ihr ein ursprünglich im Eigentum eines Juden stehendes Grundstück verkauft habe. Der Antisemitismus ist durch die nationalsozialistische Staatsregierung in erheblichem Maße gefördert und von ihr kraftvoll vorwärts getrieben worden, er hätte niemals ein solches Ausmaß erreicht, wenn er nicht ein wesentlicher Programmpunkt des Nationalsozialismus gewesen wäre, dem sich der einzelne Staatsbürger nur schwer entziehen konnte. Nunmehr dem Urheber dieses allgemein anerkannten Unrechts (!) wegen dieser Politik Entschädigungsansprüche zuzusprechen, würde einer Rechtfertigung dieser Maßnahmen gleichkommen. ... Die gegenteilige Ansicht würde dem Rechtsempfinden aller billig denkenden Menschen widersprechen ...

1.4. Wie überflüssig Konsensbehauptungen allgemeiner Art sind, verdeutlicht schließlich

BGHZ 30,145: Stellt sich danach sein (des Ehemanns) Vorgehen ... eindeutig als Bestätigung einer wertverneinenden Lebenseinstellung dar, so erhält es von dieser notwendigen sittlichen Gesamtwertung her trotz seiner formalrechtlichen Legitimation den Charakter eines Unrechts, vor dem die davon Betroffenen oder Bedrohten in ihren berechtigten Interessen geschützt werden müssen. Denn es kann niemandem gestattet sein, einen Rechtserfolg herbeizuführen, der zwar für sich betrachtet von der Rechtsordnung nicht mißbilligt wird, sich aber im Gesamtgefüge der Handlungen dessen, der ihn herbeiführen will und in der Gesamtheit der mit ihm bezweckten Auswirkungen als Triumph einer sittlich verwerflichen Gesinnung darstellt. Die Zurücksetzung der berechtigten Interessen anderer um dieses legalen Rechtserfolges willen würde so in den Dienst eines sittlich verwerflichen Bestrebens gestellt und eben dadurch für die Betroffenen zu einem unzumutbaren Opfer. Daß ein aus einer solchen Gesinnung Handelnder ihnen dieses Opfer auferlegen kann, ist deshalb vor dem sittlichen Bewußtsein aller gerecht und billig Denkenden nicht zu rechtfertigen. Würde man das zulassen, so würde das Vertrauen auf die Macht des Rechtes erschüttert werden.

2. Können damit aber bereits die Konsentierenden mithilfe empirischer Untersuchungen nicht ermittelt werden, so erweist sich ein Forschungsprogramm als sinnlos, das der Frage nachgehen will, unter Verwendung welcher Verfahren die Richter den Konsens der Konsentierenden feststellen. Besonders bemerkenswert in diesem Zusammenhang ist die Entscheidung

NJW 73,2303: Der Beklagte brauchte ohne besonderen Hinweis auch nicht an die Möglichkeit zu denken, daß die AGB eine Forderungsabtretung an eine andere Firma enthalten würden (Ziff. 8) und daß sich deswegen an anderer Stelle eine Klausel über einen Gerichtsstand am Sitz dieser Firma befinde. Es ist für die Kammer aufschlußreich, daß der Beklagte als juristischer Laie lange vor der Beauftragung eines Rechtsanwalts eingewandt hat, es widerspreche Treu und Glauben, wenn das weit entfernte AG Ravensburg zuständig sein solle.

Ebenso fragwürdig die Entscheidung NJW 73,1932 (siehe oben unter 1.2.), die ebenfalls empirische Untersuchungen durch innerjuristische Diskussionen ersetzt.

Siehe in diesem Zusammenhang ebenfalls: BGHZ 13,70; 12,299; 33,218.

3. Ganz anders stellt sich allerdings die Sachlage dar, wenn - im Hinblick auf die Hinweise der juristischen Methodenlehre - die Urteilsanalyse nicht allgemeinen, sondern professionellen Konsensen nachgeht. In diesem Zusammenhang bedarf zwar die bekannte These, daß größtenteils unbekannt ist, wie herrschende Meinungen zustande kommen, keines erneuten Nachweises; dennoch aber erscheint angesichts der Erkenntnis des Zusammenhangs von Rationalität einer Entscheidung und maximaler Diskutierbarkeit die Aussage vertretbar, daß es um die Rationalität höchstrichterlicher Entscheidungen nicht allzu schlecht bestellt sein kann.

Wie umfassend nämlich juristische Diskurse geführt werden (unabhängig von dem Umstand (auf den Wieacker aufmerksam gemacht hat), daß sich die Entscheidung des BGH als Ergebnis eines Diskurses von elf Richtern und sechs Anwälten darstellt), verdeutlicht z.B. BGHZ 42,374: Die Meinungen darüber ... sind geteilt. Für die Geltung ... hat sich insbesondere Westermann ausgesprochen ...; gleicher Ansicht sind Mühl ... und Palandt-Danckelmann Der gegenteilige Standpunkt ... ist vom Reichsgericht vertreten worden; es hat in RGZ 132,51 Der reichsgerichtlichen Auffassung hat sich der überwiegende Teil des Schrifttums angeschlossen ... (8 Zitate).

Der Bundesgerichtshof hat ...
Der Senat entscheidet nunmehr diese Frage in Übereinstimmung mit dem Reichsgericht und der herrschenden Lehre dahin, daß ...

Siehe weiter z.B. BGHZ 47,398; 20,340 ff; 41,324; 22,96; 37,94; 50,200; 37,75; 6,390; 50,191; 10,386, 387; 22,381 (Die Ausführungen der Revision geben dem Senat keinen Anlaß, von seiner Rechtsauffassung abzugehen); 7,149 (die Beklagte kann sich für ihre gegenteilige Auffassung nicht auf Reinicke ... berufen ...).

4. Hinzu kommt folgende beiläufig ermittelte, aber im Hinblick auf die Methodendiskussion der letzten 10 Jahre zentrale Erkenntnis: Eine der häufigsten Bemerkungen, die bei der Urteilsanalyse angetroffen wurde, geht dahin: Der Senat bzw. die Kammer ist der Ansicht bzw. der Auffassung ...

Daraus folgt: Der Vorwurf einer Fassadenarbeit durch die Richter, also der Vorwurf, die Richter würden ihre Entscheidungen als Produkte begrifflich-systematisch-konstruktiver Zwänge ausgeben, kann nicht sachgerecht erhoben werden.

NJW 73,713: Die hier vertretene Ansicht der Kammer...
NJW 73,1286: Die Kammer schließt sich für den vorliegenden Fall der letztgenannten Auffassung an ...

... ausschlaggebend erscheint der Kammer jedoch ...
NJW 73,1287: Die Kammer ist entgegen dem AG der
Ansicht Es leuchtet nicht ein ...
NJW 73,1357: Entgegen der Auffassung des OLG Stutt-
gart ... ist die Kammer der Meinung ...
NJW 73,1617,1618: Die Kammer hält die Auffassung
für unzutreffend ...
NJW 73,1619: Die Kammer hält an der Ansicht fest ...
... Den hiergegen von Ott ... vorgebrachten Ein-
wänden vermag die Kammer nicht zu folgen.
NJW 73,1703: Entgegen der überwiegenden Meinung in
der Kommentarliteratur kommt nach Auffassung der
Kammer Nichts anderes kann nach Auffassung
der Kammer gelten ...
NJW 73,1757: Dieser Grundsatz muß nach Auffassung
der Kammer ...
NJW 73,1844: Die Kammer ist daher mit dem über-
wiegenden Schrifttum der Auffassung ...
NJW 73,1932: Nach Ansicht der Kammer ...
NJW 73,2033: Das Gericht (LG Karlsruhe) vermag
deshalb der im Urt. des BVerwG v. 16.1.1964 - VIII
72/62 ... zum Ausdruck gekommenen Auffassung ...
nicht zu folgen Das Gericht vermag insb. dem
tragenden Argument des BVerwG in dem genannten Ur-
teil nicht beizutreten ...
Siehe weiter z.B.: OLGZ 67,275; 68,393; 70,61;
BGHZ 19,279; 20,166; 20,168 (Die Darlegung des
Oberlandesgerichts Düsseldorf ... ist nicht über-
zeugend); 34,364 (nach der Überzeugung des Senats);
48,112.

4.11. FOLGENERWÄGUNGEN

1. Die Urteilsanalyse erbringt zunächst folgende,
zur Vorbereitung des Einstiegs in die aufgezeigten
Problemkreise notwendige Einzelerkenntnisse.

1.1. Die Richter sind offenbar intensiv darum be-
müht, eine Vielzahl unerwünschter Folgen von der
bundesrepublikanischen Gesellschaft fernzuhalten.

BGHZ 13,281: Erstarrung des politischen und verfassungsrechtlichen Lebens.
BGHZ 29,19: Mehr an Verwaltungsarbeit der Gemeindeverwaltungen; Gefährdung des sachgerechten Wiederaufbaus der Bundesrepublik Deutschland; Verhinderung der Möglichkeit von Bodenspekulation.
NJW 73,2302: Unzufriedenheit von Arbeitnehmern mit ihren derzeitigen Arbeitsbedingungen; Stellung von ungerechtfertigten Forderungen durch Arbeitnehmer gegenüber ihren Arbeitgebern.
OLGZ 69,332: Überforderung desjenigen, der aufgrund seiner Geschäftsbeziehungen Verträge schließt.
BGHZ 37,97: Verteuerung der Teilzahlungskredite zu Lasten der Käufer.
BGHZ 43,78: Angemessene Versorgung der Beamten.
BGHZ 42,131: Denuntiantentum soll nicht gefördert werden.
BGHZ 42,4: Rechtlich geregelter Handelsverkehr zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der DDR soll erhalten bleiben.
BGHZ 41,221: Der reibungslose Ablauf des Oberseehandels soll nicht gestört werden.
BGHZ 14,56: Der Geschäftsbetrieb einer GmbH darf nicht unerträglich erschwert werden.
BGHZ 9,158: Unternehmen mit all seinen Werten und Arbeitsplätzen muß erhalten bleiben.
BGHZ 6,108: Gläubiger sollen nicht rechtlos gestellt werden.
NJW 73,1984: Gefahr einer Vielzahl ungerechtfertigter Mahnverfahren soll verhindert werden.
NJW 73,2033: Anerkannte Rechtsschutzinteressen dürfen nicht unerträglich geschmälert werden.
NJW 73,1288: Mietanhebungsverfahren dürfen nicht mit unübersehbaren Unsicherheiten belastet werden.

1.2. Nur vereinzelt findet sich der Rückgriff auf die Folgen für die unmittelbar am Prozeß Beteiligten.

OLG Nürnberg als Vorinstanz zu BGHZ 37,51,54: Es sei aber zu berücksichtigen, daß die über 70 Jahre alte Beklagte durch die Vernichtung der Ehe schwer betroffen würde. Sie sei hilflos und unbeholfen ... Dazu BGH, aaO, 57: Die wirtschaftlichen Belange der Beklagten können hier keine entscheidende Rolle spielen. Auch das Ehegesetz gibt in seinem § 26 Satz 2 ...

BGHZ 1,187 f: Aus der Tatsache, daß der Kläger leichtsinnig und unverantwortlich gehandelt ... hat, kann der Beklagte für sich keine Rechte herleiten. Denn es ist nicht Aufgabe des Beklagten, den

Kläger wegen seines Verhaltens zu strafen und daraus Vorteile für sich zu ziehen.

BGHZ 39,158: ... fällt dabei auch ins Gewicht, daß eine solche Vereinbarung gerade nicht dem wohlverstandenen Interesse der Parteien gedient hätte. Sie hätte nämlich zur Folge gehabt, daß der Schutz der normalen Haftpflichtversicherung ... erheblich entwertet worden wäre.

Vgl. auch BGHZ 40,390.

OLG Schleswig, als Vorinstanz zu BGHZ 37,38,40: Das Verlangen der Beklagten führte dazu, daß sie ihre Wohnung und den Haushalt aufgeben müsse. Sie würde damit aus dem äußeren gegenständlichen Lebensbereich ihrer Ehe verdrängt.

Dazu BGH aaO, 41: Diese Erwägungen allein rechtfertigen die Entscheidung nicht.

BGHZ 43,78: Alsdann würde der Beklagte wieder der Familie, im besonderen der Mutter, zur Last fallen, die ihm verständlicherweise die Durchführung des Studiums und den Eintritt ins Berufsleben ohne drückende Vorbelastung sichern will.

BGHZ 23,287: Wäre dem Kläger für einen derartigen Fall Pension zugesagt worden, so würde er über die Herrschaft des Nationalsozialismus hinaus Vorteile für sich in Anspruch nehmen, die er ohne seine Verbindung mit dem Nationalsozialismus niemals erlangt haben würde.

S. auch BGHZ 7,243; OLGZ 66,397.

Regelmäßig berücksichtigen die Richter selbstverständlich die Folgen für die Parteien in deren konkreter Situation als Grundstückskäufer, Bauherr, Vertragspartner, Mandant eines Anwalts u.s.w.. Nicht erwünschte Zustände sind hier:

OLGZ 69,419: Der Grundstückskäufer soll nicht auf dem Umweg über den Maklerlohn unter vertragsstrafenähnlichen Zwang gesetzt werden, einen formnichtigen Vertrag zu erfüllen.

BGHZ 15,30: Eine weitgehende Verwirrung der gesamten Rechtsbeziehungen der Beteiligten soll vermieden werden.

BGHZ 29,297: Ein Mieter soll nicht durch eine wirtschaftliche Zwangslage genötigt werden, in einer gesundheitsgefährdenden Wohnung wohnen bleiben zu müssen.

BGHZ 41,155: Bei der nicht selten prozeßentscheidenden Bedeutung, die einem non liquet zukommt, würde der geschädigte Einlagerer oft praktisch rechtlos werden ...

BGHZ 31,228: Das freie Kündigungsrecht würde für die Partei, der gekündigt wird, Nachteile mit sich bringen, die durch die gesetzliche Regelung nicht völlig ausgeglichen werden.

Weitere Beispiele in: BGHZ 41,108; 14,10; 18,348; 21,80; 23,201.

1.4. Folgen, die sich durch ihre konkrete Nähe zur praktischen Entscheidungstätigkeit der Richter auszeichnen, werden offenbar häufig berücksichtigt.

NJW 73,1984: Unüberwindliche organisatorische Schwierigkeiten in den Mahnabteilungen der Gerichte.

BGHZ 5,306: Die praktischen Erfordernisse des Prozesses machen es aber unmöglich ...

BGHZ 23,260: Ansturm enttäuschter Erbanwärter; Oberforderung der Gerichte.

BGHZ 29,160: Einer die jeweiligen Verschiedenheiten berücksichtigenden Regelung würden sich häufig erhebliche Beweisschwierigkeiten in den Weg stellen.

BGHZ 41,111: Begriff verlöre jede Begrenzung und Bestimmbarkeit.

BGHZ 15,36: Das würde aber im Grunde einer Rechtsverweigerung gleichkommen, die ... sowohl vom Grundsätzlichen her als auch im Hinblick auf die praktischen Konsequenzen als äußerst bedenklich zu bezeichnen wäre.

BGHZ 34,365: Mit der Verweisung auf die Regelung des § 254 BGB ist dem Tatrichter die Möglichkeit eröffnet, in richterlicher Verantwortung den besonderen Gegebenheiten des Einzelfalles Rechnung zu tragen ...

OLGZ 73,362: Nur diese Konzentration nämlich ermöglicht eine wirksame richterliche Kontrolle des Geschäftsgebahrens des Unternehmens.

NJW 73,1843: Gesetzliches Verbot wäre wegen der auf der Hand liegenden Umgehungsmöglichkeit wirkungslos.

OLGZ 73,405: Denn es gehört nicht zu den Aufgaben des GBA (Grundbuchamts), sich mit der schwierigen, meist umstrittenen und beweisbedürftigen Frage ... zu befassen. Das würde den Rahmen der dem GBA obliegenden Aufgaben sprengen.

BGHZ 26,224: Die Folgen einer solchen Auffassung dürften somit zahlreiche und in ihrem Ergebnis völlig ungewisse Rechtsstreitigkeiten sein ...

Siehe auch BGHZ 19,209; 13,281.

1.5. Exkurs: Praktikabilität und Zweckmäßigkeit.

Die zuvor aufgezeigten Folgentypen stehen auch unter dem Topos: die Entscheidung bzw. juristische Konstruktion muß praktikabel sein. Es erscheint selbstverständlich, daß diese Folge in besonderem Umfang mitberücksichtigt wird.

Beispiele dafür sind:

2.21.2.: BGHZ 21,335 f

2.21.3.: BGHZ 26,223 f

2.21.4.: BGHZ 34,364

2.33.4.: BGHZ 50,315

Dasselbe gilt für die Zweckmäßigkeit der Entscheidung.

3.33.3.: BGHZ 41,106;

NJW 73,1088: Die urkundliche Klarstellung der erbrechtlichen Verhältnisse zu verlangen, erscheint auch deshalb zweckmäßig, weil ihre Rechte oft zweifelhaft sind und daher bei der Eintragung darauf beruhender Rechte besondere Vorsicht geboten ist...

1.6. Es ist kein methodischer Schritt ersichtlich, bei dem sich die Richter nicht (auch) von Folgenerwägungen leiten lassen.

1.6.1. Richter steuern die Auswahl möglicher Entscheidungsnormen über Folgenerwägungen.

BGHZ 31,228: Daß bei einem Vertrag wie dem vorliegenden die Leistungen des Architekten, wollte man in ihnen Dienstleistungen i.S. des Dienstvertragsrechts sehen, Dienste höherer Art wären, die auf Grund eines besonderen Vertrauens nicht nur in die fachlichen Kenntnisse und Fähigkeiten, sondern auch zu der Person des Architekten übertragen werden, würde man entgegen der Meinung des Reichsgerichts ... mit dem Berufungsgericht annehmen müssen. Das hätte die vom Berufungsgericht von seinem Standpunkt aus mit Recht bejahte Folge, daß nach § 627 BGB jede Vertragspartei das Vertragsverhältnis, auch ohne daß ein wichtiger Grund vorliegen müßte, jederzeit kündigen könnte. Diese auch vom Reichsgericht ... als unangemessen bezeichnete Rechtsfolge wird mit

der Unterstellung des die Bauplanung und Bauausführung umfassenden Architektenvertrags unter das Recht des Werkvertrags (§§ 631 ff BGB) vermieden. Das freie Kündigungsrecht würde für die Partei, der gekündigt wird, Nachteile mit sich bringen, die durch die gesetzliche Regelung nicht völlig ausgeglichen werden.

Wiehe weiter: BGHZ 12,304 (befriedigende Lösung nur bei Bejahung rechtsgeschäftlicher Bindung); BGHZ 31,265 (die Aunützung der zwischen den Gründern und ihrem Auftraggeber bestehenden Rechtsbeziehungen und die Anwendung des § 826 BGB genügen nicht, um eine GmbH ... zu schützen); NJW 73,1376; OLGZ 73,405; BGHZ 14,62.

1.6.2. Richter setzen Folgenerwägungen bei der Auslegung von Entscheidungsnormen ein.

Ohne Interesse ist dabei zunächst der häufig anzutreffende Fall, daß die Richter im Rahmen einer teleologischen Auslegung prüfen, ob Ziele und Zwecke einer Entscheidungsnorm erreichbar bleiben; vgl. BGHZ 10,195; NJW 73,806; NJW 73,712; NJW 73, 1932. Siehe aber auch BGHZ 18,348:

Vielmehr ist dem Zweck des § 93 Abs. 2 RAGebO zu entnehmen, daß ... die Gültigkeit des Anwaltsvertrages aber in der Regel nicht in Zweifel gezogen werden soll. Andernfalls würden die Interessen des Mandanten erheblich gefährdet, denn bei einer Nichtigkeit des Anwaltsvertrages würde dieser jedenfalls seine Ansprüche auf Vertragserfüllung oder auf Schadensersatz aus schuldhafter Vertragsverletzung verlustig gehen.

Insbesondere entscheiden die Richter die Frage, welchem der anerkannten Auslegungselemente der Vorzug zu geben ist, nach Folgegesichtspunkten.

NJW 73,1287,1288: Eine verständige am Sinn und Zweck des Gesetzes orientierte Auslegung des § 4 Abs. 1 WohnKSchG besagt somit Die Gegenmeinung ... glaubt, sich auf den Wortlaut stützen zu können Wäre eine konkrete, jedoch den Voraussetzungen des § 3 WohnKSchG nicht entsprechende Einzelabrede ausnahmslos unzulässig, so müßten auch gutwillige Parteien, die einander nicht über-vorteilen wollen und die entsprechend der Anregung

des Gesetzgebers eine außergerichtliche Lösung anstreben, damit rechnen, daß die Vereinbarungen gerichtlicher Nachprüfung unterworfen werden und eine Korrektur erfahren können, auch wenn die Differenz relativ gering ist. Abgesehen davon, würde eine extensive Auslegung des § 4 des WohnkSchG zu nicht übersehbaren Unsicherheiten bei der außergerichtlichen Durchführung des gesetzlich vorgesehenen Mietanhebungsverfahrens führen.

Im Übrigen setzen die Richter neben den klassischen Auslegungselementen Folgenerwägungen gleichwertig ein.

BGHZ 40,14 ff: a) Die Entstehungsgeschichte des § 89 b HGB ergibt nicht ... b) Der Wortlauts... ist nicht eindeutig... c) § 89 b HGB will grundsätzlich den Handelsvertreter begünstigen und schützen. ... (S. 16 Mitte) Wie bereits ausgeführt, genügt es für die sofortige Wirksamkeit einer fristlosen Kündigung, daß Kündigungsgründe nachgeschoben werden, die im Zeitpunkt der Kündigung bereits vorlagen, auch wenn sie dem Kündigenden damals noch nicht bekannt waren. Der innere Grund hierfür liegt darin, daß es unbillig wäre, einer fristlosen Kündigung die alsbaldige Wirksamkeit zu versagen, obwohl im Zeitpunkt der Kündigung objektiv ein Grund für sie gegeben war und obwohl der Kündigende nachträglich erklärt, sich auf diesen Grund auch berufen zu wollen. wollte man solche Kündigungsgründe unberücksichtigt lassen, so würde das darauf hinauslaufen, den Vertragspartner besser zu stellen, der einen wesentlichen Kündigungsgrund vor seinem Vertragspartner zu verheimlichen verstanden hat. ... Würde man der von der Klägerin vertretenen Auffassung folgen, so wäre der Handelsvertreter aber doch genötigt, bei Gefahr des Verlustes seines Ausgleichsanspruchs in seiner Kündigung möglichst alle Kündigungsgründe vollständig aufzuzählen, um sicher zu gehen, daß er nicht gerade den vom Gericht später vielleicht allein für durchschlagend erachteten ausläßt.

Vgl. insbesondere auch: NJW 73,1844; BGHZ 13,265, 277; OLGZ 70,58; BGHZ 45,206.

Ebenfalls zur Auslegung von Verträgen setzen Richter Folgenerwägungen ein.

BGHZ 39,158: ... fällt dabei auch ins Gewicht, daß eine solche Vereinbarung gerade nicht dem wohlverstandenen Interesse der Parteien gedient hätte. Sie hätte nämlich zur Folge gehabt, daß der Schutz der normalen Haftpflichtversicherung ... erheblich entwertet worden wäre. Siehe weiter NJW 73,1880; OLGZ 69,332; BGHZ 41,221.

1.6.3. Richter verwenden Folgenerwägungen zur Konkretisierung von Rechtsgrundsätzen und zur Ausfüllung von "wertausfüllungsbedürftigen" Begriffen.

BGHZ 5,306 (Konkretisierung der Darlegungslast); NJW 73,2302 (Sittenwidrigkeit); BGHZ 30,144 f (unzulässige Rechtsausübung); NJW 73,1619 (Verstoß von AGB-Klauseln gegen Recht und Billigkeit); BGHZ 20,164 (Zumutbarkeit).

1.6.4. Folgenerwägungen steuern ebenfalls das Verfahren der "Lückenfüllung".

BGHZ 6,108: ... denn ohne die Gewährung einer solchen Sicherheit könnte die Haftungsbeschränkung den Gläubiger unter Umständen praktisch rechtlos machen.

1.6.5. Richter schaffen sich neue Entscheidungsnormen aufgrund von Folgenerwägungen.

BGHZ 9,159 f: Hat ein Gesellschafter die satzungsmäßigen Eigenschaften verloren, hat er seine Mitgliedschaft erschlichen oder ist er völlig untragbar geworden, so muß es eine Möglichkeit geben, den Störenfried aus der Gesellschaft auszuschließen und das Unternehmen, die Firma, den Betrieb mit allen darin steckenden Werten und die vorhandenen Arbeitsplätze zu erhalten. ... (S. 161) Die rechtliche Begründung für die Ausschließbarkeit eines GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grunde liefert dagegen der sowohl das bürgerliche wie das Handelsrecht beherrschende Grundsatz, daß ...

1.6.6. Auf Folgen wird schließlich rekuriert, wenn das bestimmt werden muß, was mit Recht und Billigkeit vereinbar ist.

BGHZ 41,154,155: ... würde der Geschädigte Einlagerer oft praktisch rechtlos gestellt werden ...

1.6.7. Auch Meinungsstreite werden über Folgenerwägungen entschieden.

BGHZ 15,36: Die Angriffe der Revision sind berechtigt. Das gewichtigste Bedenken, dem das Berufungsgericht begegnet, ist das folgende: Faßt man das Urteil des Berufungsgerichts ... dahin auf ..., so läuft die Entscheidung im Ergebnis Das würde aber im Grunde einer Rechtsverweigerung gleichkommen ...

BGHZ 13,298: Daß die gegenteilige Auffassung nicht Rechtens sein kann, beweist allein (!) schon die sich hieraus ergebende Konsequenz ...

Siehe weiter NJW 73,2033; BGHZ 23,259; NJW 73,1288; BGHZ 7,273; 10,210; 17,17; 18,348; 20,164; 22,132; OLGZ 73,362; BGHZ 31,180; NJW 73,1375 f; NJW 73,1619; BGHZ 50,204.

1.6.8. Folgenerwägungen können schließlich sogar zu einer Entscheidung wie BGHZ 16,50 führen.

BGHZ 16,52: Bei dieser Sachlage fehlt es zwar rein rechtlich (!) an einer verbindlichen generellen Pensionszusage der Beklagten, aber es ist doch ein Sachverhalt gegeben, der es bei Berücksichtigung der ganz besonderen weiteren Umstände des zur Entscheidung stehenden Einzelfalles als einen Treueverstoß gegenüber dem Kläger erscheinen läßt, ihm jede Pension zu versagen. Diese ganz besonderen Umstände liegen darin, daß der Kläger 36 Jahre seines Lebens im Dienste der Beklagten gestanden hat ... und daß er bei der Höhe seines Alters nicht in der Lage ist, sich ein auskömmliches Dasein und eine Sicherung seines Lebensabends zu schaffen.

1.6.9. Das Verfahren, mithilfe von Folgenerwägungen aufzuzeigen, was der Gesetzgeber schlechterdings nicht gewollt haben kann, wurde nur vereinzelt aufgespürt.

BGHZ 45,206: Hätte das Gesetz etwas anderes gewollt, dann hätte es Denn keinesfalls kann angenommen werden, daß das Gesetz Denn das müßte ... zu einer unheilvollen Rechtsunsicherheit führen.

Vgl. aber auch NJW 73,1288 (nach Aufzeigen nicht hinnehmbarer Folgen): Wenn der Gesetzgeber dies gewollt hätte... dann hätte er dies eindeutig zum Ausdruck bringen müssen und nicht die vereinbarte Mieterhöhung als gewünschte Norm empfehlen dürfen.

1.6.10. Immer wieder machen die Richter die Relevanz deutlich, die für sie das "befriedigende" und "billige" Ergebnis hat.

BGHZ 12,295: Der Gesichtspunkt der Nichtigkeit des Vertrages allein vermag indessen in Fällen der vorliegenden Art nicht immer zu einem befriedigenden Ergebnis zu führen.

Siehe weiter: BGHZ 5,67; 21,336; 18,348; 20,344; 21,79; 27,219; 21,336; 6,394.

2. Entscheidend für die vorliegende Abhandlung kommt es darauf an, daß der Rekurs auf mögliche Folgen die Richter vor die Notwendigkeit stellt, diese Folgen als tragbar oder untragbar zu qualifizieren. Dabei verfahren sie wie folgt:

2.1. Häufig verzichten sie angesichts einer offenbar evidenten Unerträglichkeit auf jede weitere Begründung.

BGHZ 26,57: Hierbei verkennt die Revision, daß die Bezugnahme auf Figuren aus fremden Werken durch den Urnehmerschutz nicht schlechthin unterbunden wird. Andernfalls wäre beispielsweise für die Parodie, also die antithematische Behandlung des gleichen Stoffes, kein Raum ...

Siehe weiter: NJW 73,2302 f; OLGZ 69,419; BGHZ 6,108; 41,3 f.

Wie zweifelhaft aber ein derartiger Evidenz sein kann, vermag folgende Entscheidung (Abwerbung von Führungskräften durch persönliche Anschreiben) zu verdeutlichen:

NJW 73,2302 f: Dabei aber kann nicht ausbleiben, daß die Versprechungen derartiger Abwerbeschreiben und die Darstellung der Arbeitsverhältnisse bei derwerbenden gemessen und beurteilt werden an den bei der derzeitigen Arbeitgeberin tatsächlich gegebenen Arbeitsbedingungen. Da ein Abwerbungsversuch regelmäßig nur bei günstigeren Konditionen Erfolg verspricht und dementsprechend Abwerbeschreiben im allgemeinen nur die positiven Seiten eines Arbeitsverhältnisses bei der sowerbenden enthalten werden, wird dies in der Folge zumindest zu Unzufriedenheiten der Adressaten mit ihren derzeitigen Arbeitsbedingungen, im weiteren Verlauf aber auch nicht selten zum Wunsch nach Anpassung und entsprechenden Forderungen an den Arbeitgeber sowie schließlich auch zu einem Ar-

beitsplatzwechsel führen. Es ist anzunehmen, daß mancher Adressat die Abwerbeschreiben zu ungerechtfertigten Forderungen gegenüber seiner Arbeitgeberin nutzen und diese zu Erhaltung seiner Arbeitskraft zwingen wird, ihm Konditionen zu gewähren, auf die er nur wegen der Versprechungen an ihn persönlich adressierter Abwerbeschreiben von Mitbewerbern seiner Arbeitgeberin Anspruch erheben zu können glaubt. Bei einer Versagung seiner Anpassungswünsche aber wird der Adressat von Abwerbeschreiben der hier vorliegenden Art verärgert und nur zu leicht geneigt sein, ohne sachliche Prüfung zu kündigen und das vermeintlich bessere Angebot der nach dem Inhalt ihrer Werbeschreiben gerade an seiner Person besonders interessierten Mitbewerberin anzunehmen.

2.2. In den meisten Fällen aber wird von denen, die halt das Entscheidungsmonopol innehaben, eine offene Bewertung vorgenommen:

NJW 73,1619 (gravierende Ungerechtigkeiten); NJW 73,2034 (Rechtsschutzinteresse unerträglich geschmälert); BGHZ 31,267 (Alle diese Folgen sind untragbar); BGHZ 41,161 (kein vernünftiges wirtschaftliches Bedürfnis); 31,228 (Diese auch vom Reichsgericht als unangemessen bezeichnete Folge); 21,336 (wirklichkeitsfremdes Ergebnis); 23,202 (Das kann nicht rechtens sein); 16,91 (Es wäre lebensfremd); 14,56 (unerträgliche Erschwerung).

Siehe insbesondere auch BGHZ 26,224:

Die Folgen einer solchen Auffassung dürften somit zahlreiche und in ihrem Ergebnis völlig ungewisse Rechtsstreitigkeiten sein, die auch "um des Rechts willen" wohl kaum erstrebenswert sein dürften.

BGHZ 8,373: ... (würde) zu einer Rechtsunsicherheit führen ..., die um einer verwerflichen Leistung willen am allerwenigsten hingenommen werden kann.

2.3. Dagegen fällt der Versuch, die Qualifikation mithilfe dogmatischer Kategorien vorzunehmen, häufig recht unglücklich aus.

OLGZ 70,62 f: ... so würden sie einen ungerechtfertigten Vorteil gegenüber den übrigen Wohnungseigentümern erlangen. Sie ... könnten nämlich zwar die Vorteile der gegen ihre Stimme beschlossenen Maßnahme stillschweigend in Anspruch nehmen, sich aber von Nachteilen, die sich etwa

später herausstellen, durch zeitlich unbegrenzte Geltendmachung der Unwirksamkeit des ... Beschlusses freizeichnen. Das wäre aber weder mit dem Wesen der Wohnungseigentümergeinschaft als einer engen Wohn- und Risikogemeinschaft ... vereinbar ...
Siehe weiter BGHZ 12,344 (Treu und Glauben); 13,70 (die billig und gerecht Denkenden); 15,36; 17,17 (Treu und Glauben).

2.4. Wenn im übrigen nicht aufgezeigt werden kann, daß bereits der Gesetzgeber bestimmte Folgen in Kauf genommen hat (vgl. BGHZ 22,132; 6,395; 7,140), so wird das Problem der Tragbarkeit von Folgen offen diskutiert und - worauf es entscheidend ankommt - im Falle besserer Einsicht eine Änderung der Bewertung vorgenommen.

NJW 73,1984: Die Gefahr, es werde in vielen Fällen zum Erlaß ungerechtfertigter Vollstreckungsbefehle kommen, ist zwar ... nicht ganz von der Hand zu weisen, ist jedoch von der Kammer bisher überbewertet worden. ... Die in diesen Fällen entstehende Mehrarbeit ... rechtfertigt die bisherigen Bedenken der Kammer ebensowenig wie die Befürchtung, die Zulassung der Verbindung der Anträge verursache bei den Mahnabteilungen unüberwindliche organisatorische Schwierigkeiten. Außerdem muß eine etwaige Mehrbelastung der Gerichte im Interesse einer allgemeinen Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens in Kauf genommen werden ...

Vgl. auch NJW 73,2303: Bedenklich weit geht auch der 9. ZS des OLG München ..., der ... es offenbar hinnehmen will, daß bei formularmäßig vorbereiteten Verträgen in weitem Umfang Mißstände aufgetreten sind.
Siehe auch BGHZ 10,210.

3. Die methodologischen Überlegungen haben aufgezeigt, daß Folgenerwägungen nur sinnvoll sein können bei hinreichender Validität der Prognose. Die Urteilsanalyse hat im Hinblick auf die Frage, ob die Richter bei den von ihnen genannten Folgen überhaupt in der Lage waren, diese sachgerecht abzuschätzen, folgende Ergebnisse erbracht:

3.1. Zunächst die Feststellung: Wenn Richter sich um den reibungslosen Ablauf des Überseehandels kümmern,

dann nicht etwa unter der Fragestellung, wie dieser in Hinblick auf das Wohlergehen der gesamten Menschheit optimal organisiert werden könnte; vielmehr haben die Richter dann z.B. die Frage zu entscheiden, ob bei der Klausel "Kasse gegen Dokumente bei Ankunft des Dampfers" der Käufer berechtigt ist, sich vor der Zahlung des Kaufpreises durch Untersuchung der im Bestimmungshafen angekommenen, aber noch nicht ausgehändigten Ware von ihrer vertragsmäßigen Beschaffenheit zu überzeugen (BGHZ 41,215 in Abweichung von RG JW 1932,586).

Dasselbe gilt für den Fall der Sorge um die Erhaltung von Arbeitsplätzen; auch hier geht es um ein Problem wie dies, ob ein Gesellschafter aus einer GmbH ausgeschlossen werden kann, wenn die Satzung diese Möglichkeit nicht vorsieht (BGHZ 9,157,159).

3.2. Die Antwort auf die Frage nach der Validität der Prognose kann seriös allein mithilfe empirischer sozialwissenschaftlicher Methoden vorgenommen werden. Dennoch erscheinen folgende Feststellungen möglich:

3.2.1. Nur in ganz seltenen Fällen berücksichtigen die Richter "Folgen", die einer empirischen Ermittlung bzw. Überprüfung überhaupt nicht zugänglich sind.

BGHZ 30,145: Denn es kann niemandem gestattet sein, einen Rechtserfolg herbeizuführen, der ... sich ... als Triumph einer sittlich verwerflichen Gesinnung darstellt. ... Würde man das zulassen, so würde das Vertrauen auf die Macht des Rechtes erschüttert werden.
Vgl. auch BGHZ 13,281 (Erstarrung des politischen Lebens).

3.2.2. Es wird plausibel zu begründen sein (und könnte auch die Kosten einer empirischen Untersuchung nicht rechtfertigen), daß die Richter in der Lage sind, sowohl die Folgen für die am Prozeß Beteiligten bzw. für sonstige Parteien in der gleichen Situation als auch die "prozeßnahen" Folgen sinnvoll abzuschätzen.

Zwar können sie sicherlich nicht sämtliche Folgen, Folgenfolgen und deren Schwelleneffekte vorhersehen; den Richtern genügt es aber, daß sie zur Ermittlung derjenigen Folge in der Lage sind, von der sie ihre Entscheidung abhängig machen. Vgl. nur: BGHZ 12,344 (Kläger würde aus Verhalten in NS-Zeit Vorteile ziehen); BGHZ 7,243 (Bekl. würde besser stehen, als alle anderen durch den Krieg geschädigten Unternehmer); BGHZ 14,10 (Bekl. könnte Risiko abwälzen); BGHZ 29,161 (erhebliche Beweisschwierigkeiten); BGHZ 31,228 (für Parteien Nachteile, die nicht voll ausgeglichen); BGHZ 41,108 (Rechtsschutz würde abgeschnitten); BGHZ 41,154 (würde praktisch rechtlos werden).

S. weiter BGHZ 10,194; 23,202; 23,286; 10,70; 7,272; insbesondere auch OLGZ 73,362.

3.3. Im Mittelpunkt der Diskussion können also allein die Realfolgen in der gesellschaftlichen Umwelt stehen. Die Erkenntnis, daß man sinnvoll nur auf solche Folgen abstellen kann, die auch abschätzbar sind, stellt dabei für die Richter offensichtlich eine bare Selbstverständlichkeit dar (was auch deshalb nicht überraschen kann, weil die Auswahl möglicher relevanter Folgen in ihrem eigenen Ermessen steht). In nahezu keiner der untersuchten Entscheidungen wäre es m.E. verantwortbar gewesen, Steuergelder für empirische Untersuchungen zur Verfügung zu stellen.

BGHZ 41,220 f (reibungloser Ablauf des Oberseehandels): ... hat der ausländische Verkäufer, der die Ware auf die Reise gesandt und über sie keine Kontrolle mehr hat, durchaus ein schutzwürdiges Interesse daran, daß der Käufer ... ohne Rücksicht auf die Beschaffenheit der Ware vorleistet Eine solche unbedingte Zahlungspflicht des Käufers entspricht insbesondere den Bedürfnissen des Oberseehandels, weil der Exporteur in der Regel auf Bankkredit angewiesen und eine Bank im allgemeinen nur dann zur Kreditleistung bereit ist, wenn sie in Gestalt der Dokumente Sicherheiten erhält, die die Zahlungsverpflichtung des Käufers garantieren. ... Der wohlverstandene Sinn der

Klausel soll nach dem hier zu unterstellenden Handelsbrauch gerade eine Gewähr dafür geben, daß der Käufer ohne weiteres Zahlung leistet Würde ein solcher der Sicherheit des Handelsverkehrs dienender Handelsbrauch nicht beachtet werden, so würde damit der reibungslose Ablauf des Handels empfindlich gestört...

BGHZ 1,4 (Erhaltung des Handelsverkehrs zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der DDR): Ein rechtlich geregelter Handelsverkehr zwischen den beiden getrennten deutschen Gebieten ... ist angesichts der grundlegend verschiedenen Wirtschaftsstruktur beider Teile nur durchführbar, wenn ...

BGHZ 9,159 (Erhaltung von Arbeitsplätzen): ... so muß es eine Möglichkeit geben, den Störenfried aus der Gesellschaft auszuschließen und das Unternehmen, die Firma, den Betrieb mit allen darin steckenden Werten und die vorhandenen Arbeitsplätze zu erhalten.

BGHZ 20,168 (Verteuerung von Warentransporten): Die Vereinbarung einer besonderen Vergütung mit der Beklagten... war der Klägerin nicht zuzumuten. Derartige Mehraufwendungen des Versenders würden den Verkehr in unerträglich Weise belasten.

S. weiter: BGHZ 14,56; 50,204; 42,131; 20,344; 26,57; OLGZ 73,362.

Es konnte nur ein einziger Fall einer außerordentlich riskanten Folgenerwägung aufgefunden werden (wobei es zur Erkenntnis der Fragwürdigkeit nicht erforderlich war, etwa auf empirische Untersuchungen zurückzugreifen). NJW 73,2302 (Abwerbung von Führungskräften durch persönliche Anschreiben): ... weil sie (die Werbemaßnahme) ... zu einer Belastung und Belästigung der Arbeitnehmer führen wird.

Schließlich bedarf die Feststellung, daß die Richter in bestimmten Rechtsgebieten (z.B. bei § 1 UWG) empirische Untersuchungen heranziehen, keiner besonderen Erwähnung.

3.4. Insgesamt hat somit die Urteilsanalyse ergeben, daß die richterliche Entscheidung offenbar in jedem Fall von Folgenerwägungen abhängig ist; und zwar gänzlich unabhängig davon, ob noch offen auf Folgen rekuriert oder auf dogmatische Begriffe, Institute oder Theorien zurückgegriffen wird, die durch Folgenerwägungen ihren aktuellen Bedeutungsgehalt erhalten haben. Deutlich dürfte ebenfalls geworden sein, daß von Geheimhaltungstechniken durch die Richter nicht die Rede sein kann; Folgen werden offen dargelegt und diskutiert - wenngleich die Folgendiskussion "dogmatisch limitiert" (Luhmann) ist. Folgenerwägungen werden also eingesetzt, um zwischen "rechtlich möglichen" Alternativen die Entscheidung zu treffen; was allerdings im Einzelfall rechtlich möglich ist, sollte aus dem Gesamtzusammenhang der vorliegenden Urteilsanalyse erkennbar geworden sein.

4.12. SYSTEM

1. Mit den vorstehend behandelten Folgenerwägungen steht der Systemgedanke im Hinblick auf die Prüfung der Generalisierbarkeit der Entscheidung in engem Zusammenhang; dabei untersucht der Richter, ob sich das für den Einzelfall gefundene befriedigende Ergebnis und die dieses Ergebnis bedingende begrifflich-konstruktive Festlegung in vergleichbaren, zukünftig zur Entscheidung anstehenden Fällen, durchhalten läßt. Entscheidungskriterium dafür, ob sich etwas durchhalten läßt oder nicht, bildet für die Richter offenbar allein das befriedigende Ergebnis (und nicht etwa eine konstruktive, systemlogische Denknöwendigkeit).

OLGZ 71,335: Es ist nicht zu befürchten, daß die Käufer sich häufig unter dem Gesichtspunkt des gemeinsamen Motivirrtums ... trotz Freizeichnung des Verkäufers von Gewährleistungsansprüchen auf Fehler der Kaufsache berufen könnten. ... Der Umstand, über den sich die Parteien geirrt haben, muß ... in solcher Weise Bestandteil ihrer

Vorstellungen und Verhandlungen geworden sein, daß er rechtlich als Geschäftsgrundlage anerkannt werden kann Die Zahl derartiger Fälle ist indessen gering.

S. weiter: BGHZ 34,364; 41,163 (Die Ansicht ... würde vor allem bei mangelndem guten Glauben zu unbilligen Ergebnissen führen); OLGZ 68,185; vgl. auch BGHZ 50,315; 23,178.

In engem Zusammenhang damit steht das Verfahren, die Richtigkeit des Ergebnisses an vergleichbaren, aber besonders gelagerten Fällen deutlich zu machen.

BGHZ 21,79: Daß nur auf diesem Wege befriedigende Ergebnisse gewonnen werden können, wird gerade deutlich, wenn man sich einen Tatbestand vergegenwärtigt, in dem Dem Verletzer in einem solchen Fall schlechthin den Einwand der Verwirkung ... versagen zu wollen, ... würde mit der Billigkeit nicht in Einklang stehen.

Außerordentlich häufig findet sich schließlich der Hinweis, daß in besonders gelagerten Fällen mithilfe von § 242 BGB befriedigende Ergebnisse gewonnen werden können.

BGHZ 29,161: Sollten sich im Einzelfall besonders grobe Unbilligkeiten ergeben, wie sie von den Vertretern der Gegenmeinung erwähnt werden (vgl. z.B. von Caemmerer...), so könnten sie nach den Grundsätzen des § 242 BGB ausgeglichen werden.

S. auch: OLGZ 73,216 (wenn sich im Einzelfall Unzuträglichkeiten ergeben); 70,64; BGHZ 27,219 f (unglaublich hartes Ergebnis); 5,68 (zu weitgehende Haftung); 20,344.

Insgesamt stellt sich der Eindruck ein, daß diese Ergebniskontrolle ein häufig anzutreffendes methodisches Vorgehen von erheblicher Bedeutung darstellt.

2. Der zweite Aspekt des Systemarguments betrifft das (klassische) Problem der Systemverträglichkeit; dabei prüfen die Richter, ob ihre Entscheidung "im Einklang" mit leitenden Grundsätzen der Rechtsordnung, Entscheidungen des Gesetzgebers in benachbarten oder sonst ähn-

lichen Regelungskomplexen, Regelungsgehalten professionell konsentierter Begriffe und Rechtsinstitute oder richterlichen Vorentscheidungen steht.

Die Urteilsanalyse unterscheidet also die Situation, in der die Richter nicht systemkonform (sich also in Widerspruch setzen) und in der sie systemkonform (im Einklang) entscheiden.

2.1. Nicht systemkonforme Entscheidung

2.1.1. Ohne Bedeutung für die Richter ist zunächst der Widerspruch gegen klassische Systemvorstellungen des BGB-Gesetzgebers.

BGHZ 42,376 f: Der gegenteilige Standpunkt ... ist vom Reichsgericht vertreten worden; es hat in RGZ 132,51 ... in einem Fall, bei dem es ebenfalls um Verletzung des § 909 BGB ging, vertragsähnliche Beziehungen zwischen den Grundstückseigentümern verneint, weil dies mit dem System des Bürgerlichen Gesetzbuches, das nur einen beschränkten Kreis dinglicher Rechte kenne, nicht vereinbar sei und darauf hinauslaufen würde, daß eine Grunddienstbarkeit im Sinne des § 1018 BGB unmittelbar durch das Gesetz begründet worden wäre ... Der Senat entscheidet nunmehr diese Frage in Übereinstimmung mit dem Reichsgericht und der herrschenden Lehre dahin ...

Entscheidend bei der dann folgenden Argumentation ist der Umstand, daß das Systemargument des RG überhaupt keine Berücksichtigung mehr findet.

Die geringe Relevanz eines derartigen Systemarguments kann den Juristen nicht verwundern, da der BGB-Gesetzgeber - wenn aus sachlichen Gründen gerechtfertigt - eigene Systemvorstellungen durchbrochen hat.

BGHZ 5,65: ... daß die Vorschrift des § 618 Abs. 3 BGB im Bereich des Dienstvertrags das sonst im Bürgerlichen Gesetzbuch geltende Haftungssystem mit seiner scharfen Unterscheidung zwischen vertraglicher und außervertraglicher Haftung unter gewissen Voraussetzungen durchbricht.

2.1.2. Unerheblich ist für die Richter ebenfalls der Widerspruch gegen Prinzipien bzw. allgemeine Rechtsgrundsätze.

Z.B. OLGZ 68,23: Mit Recht beruft sich die Klägerin schließlich darauf, daß ihrem Anspruch aus § 861 Abs. 1 BGB ... nicht, wie vom LG angenommen, die Arglistenrede (242 BGB) entgegensteht. Regelmäßig liegt allerdings ein Fall der unzulässigen Rechtsausübung wenn jemand von einem etwas herausverlangt, was er diesem sogleich wieder zurückgewähren müßte. Würde dieser Rechtsgrundsatz aber uneingeschränkt auf den Anspruch aus § 861 Abs. 1 BGB angewendet, so wäre damit der Besitzschutz, wie er vor allem in den §§ 861 ff. BGB Gesetz geworden ist, weitgehend ausgehöhlt; der Besitzschutz würde bedeutungslos werden.

S. auch OLGZ 71,334 und BGHZ 34,364.

Es handelt sich für die Richter offenbar um eine bare Selbstverständlichkeit, daß sämtliche Grundsätze - wenn sachliche Gründe dies notwendig machen - durchbrochen, eingeschränkt und modifiziert werden müssen.

Das differenzierte Vorgehen der Richter bei Übertragung eines für bestimmte Problemkreise konsentierten Rechtsgrundsatzes auf den neuen Fall verdeutlicht insbesondere

BGHZ 14,59 f: Im Anschluß an die für das Geschäftsbesorgungsverhältnis geltende Regelung des § 666 BGB, die gemäß § 713 BGB auf bürgerlichrechtliche Gesellschaftsverhältnisse Anwendung findet, ist von der Rechtsprechung der Grundsatz entwickelt worden, daß innerhalb bestehender Rechtsbeziehungen gemäß § 242 BGB unter besonderen Umständen auch ohne Vorliegen eines Geschäftsbesorgungsverhältnisses die Erteilung einer Auskunft verlangt werden kann. Solche Umstände werden allgemein dann angenommen, wenn der Berechtigte sich in einer entschuldbaren Ungewißheit über Bestehen und Umfang seiner Rechte befindet und er insoweit auf den Verpflichteten angewiesen ist, der andererseits die nötige Aufklärung unschwer erteilen kann Letzteres kann freilich für gesellschaftliche Verhältnisse und darum auch für das Verhältnis zwischen der GmbH und ihren Gesellschaftern nicht ohne weiteres gelten. Besondere Umstände, die ein Auskunftsrecht des Gesellschafters gegenüber der GmbH rechtfertigen, sind dagegen, daß sich die GmbH nach ihrer besonderen Ausgestaltung einer Personalgesellschaft (OHG, KG) nähert und daß eine besondere Sachlage einen wichtigen Grund für die Erteilung der Aus-

kunft abgibt. Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Insbesondere liegt auch ein wichtiger Grund für die Auskunftserteilung vor. Zwar kann nicht ein für allemal davon ausgegangen werden, daß Gründe, die nach den vorangegangenen Ausführungen das Verlangen des Gesellschafters auf Vorlage und Einsichtnahme von Geschäftspapieren rechtfertigen, ohne weiteres auch eine Rechtfertigung des Auskunftsverlangens bilden. Dies muß aber gelten, wenn der Gesellschafter, wie dargelegt, aus besonderen Gründen ein Interesse an einer erschöpfenden Aufklärung wichtiger Geschäftsvorgänge hat, nämlich dann, wenn die Nichtaufdeckung der Gründe für die Nachzahlung eines so hohen Steuerbetrages, wie ihn 300 000 DM darstellen, Anlaß bietet, der Geschäftsführung zu mißtrauen.

2.1.3. Ohne besonderes Interesse für die vorliegende Abhandlung ist weiter der Fall, daß sich die Richter in Widerspruch zu ihren eigenen Vorentscheidungen setzen. Der Umstand, daß dabei umfassende Vernunftigkeitserwägungen angestellt werden, bedarf keiner Darlegung; der Notwendigkeit, für diese Abweichung umfassend sachliche Gründe anzugeben, kommen die Richter in vollem Umfang nach.

Instruktiv BGHZ 34,355 (mit der Feststellung im Leitsatz: "Abweichung zu BGHZ 2,159"): ... (S.360) Nach Ansicht des Senats sind diese Bedenken begründet; er hält an der Auffassung des Reichsgerichts nicht länger fest ...

Es folgt dann unter Ziff. 1 - 6. die Darstellung der einschlägigen Gegenargumente; unter Punkt 4. rechtfertigt dann der BGH umfassend die "Auffassung des Senats" mit der interessanten Begründung (S. 365): Mit der Verweisung auf die Regelung des § 254 BGB ist dem Tatrichter die Möglichkeit eröffnet, in richterlicher Verantwortung den besonderen Gegebenheiten des Einzelfalles Rechnung zu tragen ...

S. z.B. auch NJW 73,1984: Die Kammer folgt unter Aufgabe ihrer bisherigen Rechtsprechung (Rpfler 71,365) der in der Literatur und Rechtsprechung überwiegenden Ansicht.

2.1.4. Ebenso ohne besonderes Interesse ist an dieser Stelle der Widerspruch gegen die klare Entscheidung des Gesetzgebers. Derartige Fälle entfachen, wie das allgemein bekannte Problem des Schadenersatzes in Geld bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zeigt, eine jahrzehntelange intensive Diskussion; so stammt die Entscheidung BGHZ 35,363, die eine derartige Genugtuung zum ersten Male zubilligte, aus dem Jahre 1961; erst das Urteil des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1973 (NJW 1973, S. 1221) beendete diese Kontroverse.

Überraschend daher und instruktiv für das Systemproblem die Bemerkung Palandt-Heinrichs § 253 Anm. 2: Die Entscheidung des BVerfG ..., wonach die BGH-Rechtsprechung mit dem Grundgesetz vereinbar ist, ändert an den sich aus dem System des BGB ergebenden Bedenken nichts.

2.2. Die Urteilsanalyse hatte vielmehr der Frage nachzugehen, wie weit die Richter das Systemargument reflektiert handhaben. Dies wird insbesondere sichtbar werden, wenn die Richter systemkonform entscheiden. Dann ist zu fragen, wie weit dabei "das System" unkritisch stabilisiert wird bzw. wie weit die Richter dieser Gefahr durch offene Vernünftighkeitsargumentationen entgehen.

In diesem Zusammenhang ergibt sich einmal die Situation, daß Richter bei einer Entscheidungsalternative sich für diejenige Variante entscheiden, die mit dem System in Einklang steht; auf der anderen Seite können sie eine Alternative ausscheiden, weil dann ein nicht hinnehmbarer Widerspruch entstehen würde.

Dazu erbringt die Urteilsanalyse das wenig überraschende Ergebnis, daß die Richter das Argument aus dem System heraus reflektiert handhaben. Das heißt:

2.2.1. Sie zeigen die wertungsmäßige Übereinstimmung (bzw. die Verschiedenheit) des neuen Falles mit vergleichbaren Problemlagen sorgfältig auf.

BGHZ 47,378 ff: Insoweit kommt es zunächst darauf an, ob es rechtlich möglich ist, daß ein Gläubiger durch Vertrag mit einer offenen Handels- oder Kommanditgesellschaft dieser eine Schuld unter dem Vorbehalt erläßt, der Erlaß solle zugunsten einzelner persönlich haftender Gesellschafter nicht gelten. ... Nach § 423 BGB kann allerdings ein Schuldenerlaß zwischen dem Gläubiger und einem von mehreren Gesamtschuldnern wirksam vereinbart werden, der diesem allein zugute kommen soll. Zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter ... besteht aber ... kein echtes Gesamtschuldverhältnis, auf das die Vorschriften der §§ 422 ff BGB unmittelbar anwendbar wären...

Bei einem echten Gesamtschuldverhältnis ist die Regelung des § 423 BGB nach der Interessenlage unbedenklich. Der Gläubiger handelt aus freien Stücken, wenn er einen seiner Schuldner aus der Haft entläßt. Der begünstigte Gesamtschuldner erwirbt nur einen Vorteil. Die Rechtsstellung der übrigen Gesamtschuldner wird nicht beeinträchtigt. Dem Gläubiger hätte es ohnehin freigestanden, sich vorweg wegen der gesamten Forderung nur an sie zu halten. Einwendungen gegen die Forderung, die ihnen zugestanden haben sollten, gehen ihnen nicht verloren. Ihr Recht, Ausgleichung zu verlangen (§ 426 BGB), bleibt auch dem begünstigten Gesamtschuldner gegenüber bestehen; auf das Innenverhältnis der Gesamtschuldner kann sich der Erlaßvertrag, an dessen Abschluß nicht alle beteiligt waren, nicht auswirken. Auch sonst erleiden die nicht begünstigten Gesamtschuldner keine Rechtsnachteile.

In dem Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger, Gesellschaft und persönlich haftendem Gesellschafter liegen die Dinge anders ...

2.2.2. Die Richter beenden nach Feststellung wertungsmäßiger Identität nicht etwa ihren Denkprozeß, sondern suchen weiter nach sachlichen Gründen, die es notwendig machen könnten, trotz der ermittelten Kohärenz anders zu entscheiden.

BGHZ 23,14 f: Angesichts der Vorschrift des § 723 Abs 3 BGB ist es unabweisbar, daß es bei jeder Gesellschaft bürgerlichen Rechts, also auch bei einer sog Innengesellschaft, unzulässig ist, das ordentliche Kündigungsrecht auszuschließen. Das bedeutet, daß auf jede Innengesellschaft, bei der nicht alle Erfordernisse der

§§ 335 ff HGB gegeben sind, § 723 Abs 3 BGB angewendet werden muß, weil diese in einem solchen Fall eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist. Ist zB der an einer Gesellschaft beteiligte Gewerbetreibende mit Rücksicht auf §§ 2,3 HGB kein Kaufmann und ist damit lediglich aus diesem Grunde die fragliche Innengesellschaft keine stille Gesellschaft, sondern eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, dann ist nach § 723 Abs 3 BGB der Ausschluß des ordentlichen Kündigungsrechts unzulässig. Für eine solche Gesellschaft kann nun nichts anderes gelten, wenn der an ihr beteiligte Gewerbetreibende im Laufe der Zeit nach § 2 oder § 3 HGB Kaufmann wird und die Gesellschaft sich dann als eine stille Gesellschaft darstellt. Irgendein sachlich gerechtfertigter Grund für eine unterschiedliche Behandlung ist insoweit nicht ersichtlich.

BGHZ 40,17: Es ist überhaupt nicht einzusehen, warum für die Frage der Unwirksamkeit einer Kündigung aus 'wichtigem Grunde' das Nachschieben von Kündigungsgründen genügen, bei einer Kündigung aus 'begründetem Anlaß', die an wesentlich leichtere Voraussetzungen geknüpft ist, ... ein Nachschieben nicht zugelassen sein sollte.

BGHZ 22,95 und 100: Denn was der Abzahlungskäufer aus zwingenden Rechtsgründen nicht durch Formularverträge erreichen kann, ... kann er auch nicht dadurch herbeiführen, daß das einheitliche Abzahlungsgeschäft aus irgendwelchen Gründen in zwei rechtlich selbständige Verträge aufgespalten ... wird.

Denn es kann in dieser Hinsicht keinen Unterschied machen, ob dem Käufer durch allgemein gefaßte Geschäftsbedingungen die Sachmängelinwendungen gegenüber seinem Verkäufer ausnahmslos genommen werden oder ob durch eine Aufspaltung des Abzahlungsgeschäfts ... der Käufer ohne Rücksicht auf seine Sachmängelinwendungen zur Zahlung gezwungen wird...

BGHZ 14,56: Auch wäre nicht einzusehen, warum der Gesellschafter einer GmbH in seinem Bestreben, über bestimmte Vorgänge der Geschäftsführung Aufklärung zu erhalten, allein vom Wohlwollen der Mehrheit in der Gesellschafterversammlung abhängig sein sollte ..., während für den Aktionär, der der Gesellschaft im allgemeinen viel fremder gegenübersteht, wenigstens ein beschränktes Auskunftsrecht gesetzlich verankert ist (§ 112 AktG).

BGHZ 39,91: Eine solche, dem Zivilrecht grundsätzlich fremde Regelung (§ 817 Satz 2 BGB) darf auf andere Rechtsverhältnisse als die, für die sie ausdrücklich geschaffen worden ist, nicht entsprechend angewendet

werden.. Das gilt umso mehr, als sie nicht selten zu unbilligen Ergebnissen führen kann.

S. weiter: BGHZ 23,257 (es ist kein Grund ersichtlich); 27,218,219 (nicht wohl); 29,162 (dann ist nicht zu erkennen).

2.2.3. Auch bei Ausscheiden einer Entscheidungsalternative wegen eines ermittelten Widerspruchs bleiben die Richter nicht beim Aufzeigen der Inkonsistenz stehen, sondern geben sachliche Gründe dafür an, warum dieser Widerspruch nicht hingenommen werden kann.

BGHZ 30,207: Eine solche Lösung setzte sich mit den anerkannten Grundsätzen in Widerspruch, die zu der Abwägung des § 254 BGB über die auf beiden Seiten zu berücksichtigende Faktoren entwickelt worden sind. Sie überschritten überdies die Grenze, die das Haftungsrecht bei der Anrechnung fremden Verschuldens zieht. Die Unbilligkeit einer derartigen Lösung liegt darin, daß sie bei mehreren Tatbeteiligten jeden Beteiligten das Ausgleichs-(Insolvent-)risiko für die übrigen Nebentäter tragen läßt, dagegen den in gleicher Weise oder gar überwiegend schuldigen Klagere von diesem Risiko völlig freistellt.

BGHZ 8,373,374: ... daß eine Aushöhlung des § 817 Satz 2 BGB dem mit dieser Vorschrift verfolgten Zweck, der verbot- oder sittenwidrigen Leistung den Schutz zu versagen, widerspricht und ihrerseits durch die unterschiedlichen Beurteilungsmöglichkeiten zu einer Rechtsunsicherheit führen würde, die um einer verwerflichen Leistung willen am allerwenigsten hingenommen werden kann.

S. auch BGHZ 39,161 (eine solche Betrachtung ... ist ... fehl am Platze, da sie zu einer rechtlich nicht zu vertretenden Durchbrechung des Grundsatzes der Haftung für Deliktsschäden [§ 823 BGB] führt) und NJW 73,1000 a.E.

Verzichten die Richter darauf, die Gründe für die Nichthinnehmbarkeit im einzelnen darzulegen, so kann dafür die plausible Erklärung gegeben werden, daß in diesen Fällen diese Nichthinnehmbarkeit zumindest den Fachge-nossen unmittelbar einleuchtet.

BGHZ 15,37: Eine Betrachtungsweise, die ... schlechthin darauf abstellen würde, ... hat mit einer auf § 242 BGB beruhenden Billigkeitsentscheidung nichts mehr zu tun,

sondern würde ... auf einen Einwand aus dem Recht eines Dritten hinauslaufen.

BGHZ 20,167: Die Geltendmachung dieser Haftungsbeschränkung durch die Beklagte ist im vorliegenden Fall mit Treu und Glauben ... als unvereinbar anzusehen. Es würde den Anforderungen eines billigen Ausgleichs zwischen den beiderseitigen Belangen der Parteien im Geschäftsverkehr widersprechen, wenn ...

S. weiter BGHZ 21,79 (mit Billigkeit nicht im Einklang); 22,90 (mit den allgemeinen rechtlichen Geboten in Widerspruch); 41,155 (Widerspruch mit den Anforderungen des redlichen Geschäftsverkehrs); 3,107 (Widerspruch zu den allgemein anerkannten Regeln des Naturrechts).

Faktisch ist schließlich zu konstatieren, daß sich die Richter damit begnügen, den Widerspruch einer Entscheidungsalternative mit den (sachgerechten) Anordnungen des Gesetzgebers festzustellen.

BGHZ 6,333: ... daß die öffentlichrechtliche Körperschaft nicht aus Verschulden bei Vertragsschluß in Anspruch genommen werden könne, weil sonst gerade die Rechtsfolge eintreten würde, vor der sie durch Beschränkung der Vertretungsmacht ihrer Willensorgane geschützt werden solle.

Vgl. auch BGHZ 19,209 (auf Umweg Rechtsschutz, den Gesetzgeber versagen wollte); 2,338; 37,368; 47,380; OLGZ 73,199.

3. Schließlich darf auf folgende vereinzelt gebliebene Entscheidungen aufmerksam gemacht werden:

3.1. OLGZ 71,334 macht deutlich, wie leicht es den Richtern fällt, die Wahrung der Systemeinheit (im Hinblick auf allgemeine Rechtsgrundsätze) nachzuweisen.

OLGZ 71,334 (offene Abweichung von BGH WM1966, S. 1183/1185; beachte insbesondere die Formulierung "... der Kläger, ein italienischer Gastarbeiter ..." und die auf S. 335 unten offen dargelegten Befürchtungen des Gerichts): Der Senat folgt damit lediglich dem vom BGH anerkannten Grundsatz, daß Sonderbestimmungen die Berücksichtigung des Fehlens der Geschäftsgrundlage nur insoweit ausschließen, als sie selbst eingreifen

Dieser Grundsatz deckt sich übrigens mit der Behandlung der Konkurrenz dieser verschiedenen Ansprüche bei Derichsen und Georgiades ...

3.2. BGHZ 26,217,221 f läßt erkennen, wie problemlos das Verfahren zur Beseitigung eines Widerspruchs ist. Darin geht es um die Frage, ob ein Dritter für den Vermögensschaden haftbar gemacht werden kann, der infolge ehewidriger Beziehungen des Dritten zu einem Ehegatten dem anderen Ehegatten entsteht. Das hat der BGH mit der Begründung verneint, der treubruchig gewordene Ehegatte dürfe nicht haften; daher könnte auch den Liebhaber keine Ersatzpflicht treffen, da dieser andernfalls als Gesamtschuldner zum Rückgriff in der Lage sei. Diesen Widerspruch - Ehegatte soll nicht haften, würde aber haften, wenn man Dritten haften ließe - will Boehmer (Ehe und Familie, 1957) dadurch beseitigen, daß er die Schadensersatzpflicht des Ehegatten zwar bejaht, aber ihre Geltendmachung so lange ausschließen will, als die Ehe besteht.

In diesem Zusammenhang führt der BGH aus:

BGHZ 26,221 f: Aber abgesehen davon, daß Boehmer eine Schadensersatzpflicht des Ehegatten grundsätzlich bejaht, nur ihre Geltendmachung so lange ausschließen will, als die Ehe besteht, so daß unbedenklich die in BGHZ 11,170 f, 174 aufgestellten Grundsätze anwendbar wären, erfordert ... der Grundsatz des § 242 BGB, daß, wenn der an einer Ehezerstörung beteiligte Dritte wegen des aus der Ehezerstörung dem anderen Ehegatten entstandenen Schadens in Anspruch genommen werden könnte, nicht ihm allein der Ersatz dieser Schäden auferlegt werden darf, sondern daß dann auch sein Mittäter, nämlich der andere Ehegatte, den ja in der Regel die Hauptschuld trifft, an dem Schaden beteiligt werden muß ... Daß bei der Ausgleichung der Grundsatz des § 254 BGB anzuwenden ist, entspricht herrschender Rechtsansicht ...

3.3. BGHZ 21,319, der berühmte Hamburger Parkplatzfall, ist der klassische Beleg dafür, daß das System geändert werden muß, wenn sachliche Gründe und das Er-

fordernis eines befriedigenden Ergebnisses dies notwendig machen.

BGHZ 21,319 (Leitsatz 3): Wer im Rahmen des Sondernutzungsrechts die Parkfläche zum Abstellen eines Kraftfahrzeuges benutzt, kommt schon allein dadurch in ein Vertragsverhältnis zu dem Unternehmer und ist deshalb verpflichtet, das Entgelt nach Tarif zu zahlen, auch wenn er von vornherein die Zahlung eines Entgelts ablehnt.

3.4. Das Bemühen der Richter um den Nachweis, daß ihre Entscheidung nicht mit gesicherten Entscheidungen bzw. Entscheidungsnormen in Widerspruch steht, ist in nahezu sämtlichen Entscheidungen anzutreffen.

Z.B. BGHZ 1,188: Dadurch, daß dem Beklagten die Zwangsvollstreckung aus der vollstreckbaren Urkunde untersagt wird, wird auch nicht, wie die Revision meint, die Rechtskraftwirkung der Urteile beseitigt. Zwischen der Zwangsvollstreckung aus einem rechtskräftigen Urteil und der Zwangsvollstreckung aus einer vollstreckbaren Urkunde bestehen erhebliche wesensmäßige Unterschiede...

Ebenso BGHZ 9,159 (dieser Forderung stehen Prinzipien des GmbH-Rechts nicht entgegen); 5,68 f; 28,116 (zu einer abweichenden Beurteilung gibt auch die Vorschrift des §9,12 Abs. 1 BGB keinen Anlaß); 41,327; 47,398 f.

3.5. Insgesamt konnte nur eine einzige Entscheidung aufgefunden werden, in der das Argument einer begrifflichen Systemeinheit überhaupt eine (wenn auch nur sehr untergeordnete) Rolle spielte.

BGHZ 34,362 f: Schließlich sei darauf hingewiesen, daß als Folge der Auffassung des Reichsgerichts die Rechtswidrigkeit des Handelns des Schädigers im Zivilrecht anders beurteilt wurde als im Strafrecht. Im Strafrecht wird der bewußten Selbstgefährdung des Geschädigten bei fahrlässigen Körperverletzungen wenigstens nicht in dem Umfang rechtfertigende Kraft beigemessen, wie es ... im Zivilrecht geschieht Außerdem wird die Einwilligung zu einem Eingriff in die Beeinträchtigung der körperlichen Integrität im Strafrecht gerade nicht nach den Grundsätzen der bürgerlichrechtlichen Willenserklärung behandelt So führte die Lehre, die die Eigengefährdung als rechtfertigende Willenserklärung verstand,

zwangsläufig dazu, daß dem Gedanken der Einheit der Rechtsordnung bei der Beurteilung rechtswidrigen Verhaltens Abbruch getan wurde.

4.13. GESETZ

1. Die Richter stehen offenbar häufig vor der Notwendigkeit, zwischen mehreren möglicherweise "einschlägigen" Normen auszuwählen.

1.1. Es kann an dieser Stelle nicht mehr überraschen, daß diese Auswahlproblematik mithilfe von Folgenerwägungen bewältigt wird.

BGHZ 10,191: ... daß man, um zu einer befriedigenden Lösung von Arbeitsstreitigkeiten zu gelangen, nicht von den Vorschriften des BGB ausgehen dürfe ...

BGHZ 34,363 f (Zuordnung der praktisch wichtigsten Fälle bewußter Selbstgefährdung zum Anwendungsbereich des § 254 BGB).

NJW 73,2025 (Leitsatz: Im Falle der einverständlichen Ehescheidung richtet sich die Kostenentscheidung nicht nach §§ 91, 91 ZPO, sondern gemäß § 98 ZPO nach der Parteivereinbarung): Zu Unrecht ist bisher in der Rechtsprechung in Fällen wie dem vorliegenden die Kostenentscheidung nach § 92 ZPO getroffen worden. ... Die Anwendung des § 92 ZPO in Anlehnung an die bisherige Rechtsprechung würde hier zu einem nicht tragbaren Ergebnis führen: Der Klägerin müßte ...

Zu BGHZ 31,228 und BGHZ 31,265 s. unter 1.6.1. bei "4.11. Folgerwägungen".

BGHZ 50,178 f: Das Berufungsgericht meint, die ... Verletzung (der Mitwirkungspflicht) sei nur geeignet, die Rechte des Unternehmers aus den §§ 642,643 und § 645 BGB auszulösen. ... die Ansicht (ist unrichtig)... ... Es wäre auch ein unerträgliches ... Ergebnis, wenn es dem Besteller freistehen sollte, durch willkürliche Nichterfüllung seiner Gläubigerobliegenheiten den Unternehmer zur Kündigung des Vertrags zu zwingen.

S. auch: BGHZ 6,385 ff (Voraussetzungen des § 767 BGB nur "an sich" gegeben); 41,158 ff (mit Recht wendet sich die Revision gegen den Standpunkt des Berufungsgerichts, die für die Rechtsbeziehungen der Parteien maßgebliche

Gesetzesvorschrift sei der § 951 Abs. 1 BGB. ...

... Die Ansicht, daß der § 951 Abs. 1 BGB gegebenenfalls auch neben den Sonderbestimmungen der §§ 994 ff BGB angewendet werden könne, würde vor allem bei mangelndem guten Glauben zu unbilligen Ergebnissen führen. ... Eine solche Besserstellung ... erscheint unangebracht und kann nicht rechtens sein.); 47,49 ff, insbes. 51,52 (Verkehrssicherheit).

1.2. Im übrigen bedarf der Umstand, daß das Auffinden der einschlägigen Entscheidungsnorm im Einzelfall mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein kann, keiner eingehenden Darlegung.

Vgl. z.B. nur BGHZ 39,89 f; 14,8,9; 6,102 ff; 41,320; OLGZ 68,186; 69,361; NJW 73,2162; BGHZ 27,203 f; 9,273 ff; 12,86; 28,110,112,113.

1.3. Ebenso überflüssig ist der Nachweis, daß dann, wenn für den "gerechten Ausgleich widerstreitender Belange" eine Gesetzesvorschrift nicht zur Verfügung steht, ein "Hinausgehen über die gesetzliche Regelung" erforderlich wird (so BGHZ 28,114; vgl. auch z.B. BGHZ 9,157 ff; 11,83; 45,290 ff; 40,65 ff).

2. Nachdem der Richter eine Entscheidungsnorm als möglicherweise einschlägig erkannt hat, muß er sie natürlich verstehen.

2.1. In diesem Zusammenhang muß zunächst einmal deutlich gemacht werden, daß die Richter die Auslegung nicht etwa in jedem Falle mithilfe der klassischen Auslegungselemente vornehmen.

Z.B. NJW 73,1933: Aus der Sicht der Partei würde die Garantie der Überprüfung durch ein neues Gericht, die gleichsam mit der Existenz eines Rechtsmittels verbunden ist, nicht eingehalten werden, wenn der frühere Richter, der sich in erster Instanz in einer auch für

das Berufungsverfahren erheblichen Frage festgelegt hat, in zweiter Instanz wiederum mitwirken könnte. Um das zu verhindern, muß in einem solchen Fall der Begriff der 'Unparteilichkeit' in § 42 Abs. 2 ZPO dahin ausgelegt werden, daß die Besorgnis der Parteilichkeit bereits dann zu bejahen ist, wenn ein durch eine erstinstanzliche Festlegung aus der Sicht der Parteien sachlich voreingenommener Richter in der Berufungsinstanz mitwirken soll.

BGHZ 27,218: Der erkennende Senat sieht keinen Anlaß, von der Rechtsprechung des Reichsgerichts abzugehen. Es mag auf sich beruhen, ob die Begründung, die das Reichsgericht in der den Ausgangspunkt seiner Rechtsprechung bildenden Entscheidung ... aus dem Sprachgebrauch des Bürgerlichen Gesetzbuches herleitet, zwingend ist. Es braucht auch nicht erörtert zu werden, welchen Umfang der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung in den §§ 463,480 Abs. 2 BGB hat und ob die Frage, was Schadensersatz wegen Nichterfüllung bedeutet, für die §§ 463,480 Abs. 2 und 635 BGB übereinstimmend zu beantworten ist. Für den Anspruch aus § 635 BGB jedenfalls entspricht die Auffassung des Reichsgerichts der gegebenen Interessenlage und beschwert den Unternehmer nicht unbillig ...

Siehe weiter BGHZ 28,112 f (Argumentation der Vorinstanz); 38,62; 40,387 ff (Gesetz nicht starr anwenden); 45,206 (Gesetz kann nicht gewollt haben); 41,110 f (... da bei einer so weiten Auslegung der Begriff "persönliche Angelegenheit" jede Begrenzung und Bestimmbarkeit verliere).

2.2. Wenn aber die Richter im Einzelfall mit den canones operieren, so läßt sich an folgenden Entscheidungen belegen, daß Folgenerwägungen und Fallvergleichen eine stärkere Entscheidungsrelevanz zukommt als diesen Auslegungselementen.

NJW 73,1844: Da dies im Ergebnis zu einer völlig einseitigen Bevorzugung des Mieters führt, kann diese Auslegung nicht rechtens sein.

OLGZ 70,61,62 f: Würden die Wohnungseigentümer ... noch nach Jahren geltend machen können, daß mangels Einstimmigkeit überhaupt kein Beschluß vorgelegen habe, so würden sie einen ungerechtfertigten Vorteil gegenüber den übrigen Wohnungseigentümern erlangen. Sie oder gar ihre Sonderrechtsnachfolger ... könnten nämlich

zwar die Vorteile der gegen ihre Stimme beschlossenen Maßnahme stillschweigend in Anspruch nehmen, sich aber von Nachteilen, die sich etwa später herausstellen, durch zeitlich unbegrenzte Geltendmachung der Unwirksamkeit dessen mangels Einstimmigkeit nicht zustande gekommenen Beschlusses freizeichnen.

BGHZ 41,323: Dem Gläubiger würde die letzte Möglichkeit genommen, zu seinem Gelde zu kommen, wenn das Gesetz dahin zu verstehen wäre, daß ...

Siehe weiter: BGHZ 40,13,14 ff; 2,237, 242.

2.3. Zumindest scheint es sich um ein regelmäßig gehandhabtes Verfahren zu handeln, daß die Richter ihre mithilfe der Auslegungselemente gefundene Entscheidung durch Folgen-, System- und Vernünftigkeitserwägungen kontrollieren.

Vgl. z.B. BGHZ 41,161; 29,159 f; 8,372 f; 7,142 (Das Gegenteil anzunehmen, würde eine unbillige Benachteiligung des Klägers bedeuten); NJW 73,2254; BGHZ 7,124.

2.4. Der beim Rückgriff auf die canones auftretenden Schwierigkeit, zwischen diesen im Einzelfall auswählen zu müssen, begegnen die Richter selbstverständlich mit Einsatz von Folgenerwägungen.

Siehe oben 1.6.2. bei "4.11. Folgenerwägungen" und NJW 73,1287,1288:

Die Gegenmeinung ..., die glaubt, sich auf den Wortlaut des Gesetzes stützen zu können, berücksichtigt das beabsichtigte Ziel des Gesetzgebers nicht hinreichend. Die Erhebung der Klage vor dem ordentlichen Gericht soll - wie sich unschwer erkennen läßt - der letzte Ausweg sein, um eine beabsichtigte Mieterhöhung durchzusetzen. Wäre eine konkrete, jedoch den Voraussetzungen des § 3 WohnKSchG nicht entsprechende Einzelabrede ausnahmslos unzulässig, so müßten auch gutwillige Parteien ... Da das Gesetz selbst nicht regelt, welche Wirksamkeitsvoraussetzungen ... ein Erhöhungsverlangen erfüllen muß und da ferner die Ortsüblichkeit der Miete nur schwer bestimmbar ist, würde die Wirksamkeit der vom Mieter im Rahmen des § 3 WohnKSchG erteilten Zustimmung zu den Erhöhungsverlangen ungewiß bleiben, da die Beteiligten häufig nicht wissen, ob z.B. die Miethöhe wirklich der Ortsüblichkeit entspricht. Der Mieter, der dennoch die

geforderte Miete zahlt, könnte möglicherweise noch nach Jahren die Differenz zwischen der ortsüblichen und der neu vereinbarten - aber nicht örtlichen - Miete zurückverlangen, da er - im Hinblick auf eine 'nachteilige Vereinbarung' im Sinne des § 4 WohnKSchG - rechtsgrundlos geleistet hätte; ein solcher Rückforderungsanspruch würde erst nach 30 Jahren verjähren.

4.14. WORTLAUT DES GESETZES

1. Der "allgemeine" Sprachgebrauch wird von den Richtern wie folgt ermittelt:

BGHZ 2,239: In der Rechtsprechung und im Schrifttum ist umstritten, ob die Banken ... Vorlieferanten im Sinne dieser Bestimmung sind. Die Frage ist zu verneinen. Der (!) Sprachgebrauch bezeichnet einen Kreditgeber ... nicht als Vorlieferanten. Es widerspricht einer natürlichen Betrachtungsweise (!), den Kreditgeber unter den Begriff 'Vorlieferanten' fallen zu lassen. Der Wortlaut des Gesetzes weist darauf hin, daß ... (a.A. OLG Hamburg NJW 1950, S. 953, das dem "Lieferer" den "Leistenden" gleichsetzt).

BGHZ 10,55: Gegenüber diesen Ausführungen des Klägers wird es zunächst einer Stellungnahme dazu bedürfen, ob der Begriff der Aufwendungen überhaupt so weit gezogen werden kann, wie der Kläger meint. Aufwendungen sind nach dem Sprachgebrauch Auslagen, Opfer an Vermögenswerten, die ein Gesellschafter zugunsten der Gesellschaft erbringt; dagegen sind nicht als Aufwendungen Leistungen anzusehen, zu denen der Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrag verpflichtet ist, also auch nicht die Tätigkeit als geschäftsführender Gesellschafter oder sonstige Dienstleistungen, die ein Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag übernommen hat (Hueck aaO § 15 I 1).

BGHZ 21,32: 'Anmeldung' ist ihrem Wesen nach Verlautbarung, dh die Bekundung eines auf ein bestimmtes Ziel gerichteten Willens, zu dessen Bekundung durch einen Dritten es deswegen auch einer Vollmacht desselben bedarf (Reinhard-Müller 3./4. Aufl § 45 VZG, III 3).

BGHZ 29,254: Unter der Veräußerung ... ist nicht etwa der schuldrechtliche Vertrag ... zu verstehen, sondern nach allgemeinem Sprachgebrauch (vgl. Enneccerus/Nipperdey, Allg. Teil des bürgerlichen Rechts 14. Aufl. 1955 § 143 III; Staudinger/Coing, BGB 11. Aufl. Einl. 74 vor § 104) die rechtsgeschäftliche Übereignung ...

BGHZ 25,36 f: Der allgemeine Sprachgebrauch versteht unter einem 'Ereignis' nicht schon irgendein fehlerhaftes Tun oder Unterlassen, dessen Folgen zunächst verborgen bleiben, sondern einen sinnfälligen objektiven Vorgang, der sich vom gewöhnlichen Tagesgeschehen deutlich abhebt und dessen schwerwiegende Bedeutung sofort ins Auge springt. So ist es z.B. nicht üblich, die Anfertigung einer fehlerhaften Bauzeichnung oder die Verletzung der Streupflicht schon als Ereignis zu bezeichnen; von einem solchen spricht man vielmehr erst dann, wenn es wirklich zu einem Unglück kommt, wenn also das Haus einstürzt oder ein Fußgänger auf dem ver-eisten Bürgersteig ausgleitet und sich verletzt (so mit Recht Kramer, JRPV 1933,129).

BGHZ 41,160 f: Der Senat hat es aber in jener Entscheidung als etwas durchaus anderes bezeichnet, wenn der Besitzer auf einem bisher unbebauten Grundstück ein Wohnhaus, eine Lagerhalle oder ein Fabrikgebäude errichtet; dann werde durch den Bau nicht das Grundstück in seinem Bestand verbessert, sondern sein Zustand verändert, indem es fortan für einen Zweck benutzt werde, dem es bisher nicht gedient habe; in solchen Fällen sei die Errichtung des Bauwerks keine Verwendung auf das Grundstück im Rechtssinne, wie sie denn auch im Sprachgebrauch nicht als Grundstücksverwendung bezeichnet werde.

Diese Beispiele erlauben die These: Der "allgemeine" Sprachgebrauch wird nicht etwa mithilfe seriöser Verfahren festgestellt (wie z.B. durch Umfragen oder Verwendung von Wörterbüchern), sondern unter Heranziehung juristischer Autoritäten plausibel gemacht.

Die darin liegende Gefahr wird insbesondere am Beispiel BGHZ 41,160 f anschaulich: Wenn der BGH darin postuliert, die Errichtung eines Bauwerks auf einem Grundstück werde nicht als Grundstücksverwendung bezeichnet, so ist die kritische Frage zu stellen: Wer bezeichnet denn wohl die Anlegung eines Stalles (so BGH a.a.O., S. 160) oder die Reparatur an einem PKW als "Verwendungen".

Siehe weiter: NJW 73,1330 (und die kritische Anmerkung von Kreie, H., NJW 73, S. 1887); NJW 73,1933 (Darunter versteht "man"); BGHZ 40,14; 10,73 (Ableitungsversuch des RGRK aus dem Wortlaut des § 932 BGB).

2. Im Übrigen sprechen die Richter dann, wenn der Wortlaut eindeutig ist, dies auch aus:
NJW 73,712 (läßt sich eindeutig entnehmen); BGHZ 4,272 (es ist kein Zweifel); BGHZ 1,132 (klarer Wortlaut); BGHZ 21,62; 19,158 (unzweifelhafte zeitliche Begrenzung); 14,2 (so versteht es sich von selbst).

4.15 SYSTEMATIK DES GESETZES

Die Urteilsanalyse wollte in diesem Zusammenhang der Frage nachgehen, ob die Richter etwa der Gefahr eines vordergründigen Einheitsdenkens erliegen.
Das ist natürlich nicht der Fall.

1. Zunächst machen die Richter bereits jeweils deutlich, welche geringe Relevanz sie diesem Argument beimessen.

BGHZ 27,218: Es mag auf sich beruhen, ob die Begründung ... (des Reichsgerichts) ... zwingend ist. Es braucht auch nicht erörtert zu werden, welchen Umfang der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung in den §§ 463, 480 Abs. 2 BGB hat und ob die Frage, was Schadensersatz wegen Nichterfüllung bedeutet, für die §§ 463, 480 Abs. 2 und 635 BGB übereinstimmend zu beantworten ist. Für den Anspruch aus § 635 BGB jedenfalls entspricht die Auffassung des Reichsgerichts der gegebenen Interessenlage und beschwert den Unternehmer nicht unbillig ...

BGHZ 10,73 (Das ergibt sich "auch"); 4,272; 6,107 (ergibt sich ferner aus folgender Erwägung).

Siehe weiter: OLGZ 70,62 (s. die entscheidenden Folgerwägungen); 66,91 ff (das systematische Argument als ein Topos unter anderen); NJW 73,1880 ("liegt aber sachlich näher"); 73,1287 (... ergibt sich im übrigen ...); BGHZ 28,181 (Für die dargelegte Auffassung sprechen aber insbesondere ...).

2. Nach Feststellung von Einheitlichkeiten beenden die Richter nicht etwa ihren Denkprozeß, sondern suchen weiter nach sachlichen Gründen, die die ermittelte Oberein-

stimmung zu rechtfertigen vermögen bzw. eine unterschiedliche Behandlung notwendig erscheinen lassen.

OLGZ 73,216: Gerade diese vielfältigen Sonderregelungen dafür, daß eine weitergehende Auskunftspflicht der Miterben untereinander nicht dem Sinne des Gesetzes entspricht Entgegen den vereinzelt im Schrifttum vertretenen Ansichten ... ist es auch nicht erforderlich, dem pflichtteilsberechtigten Miterben allgemein einen Auskunftsanspruch zuzubilligen. Vielmehr ist grundsätzlich an der in § 2314 BGB getroffenen Unterscheidung ... festzuhalten. Wenn sich im Einzelfall ... Unzuträglichkeiten ergeben, läßt sich ...

BGHZ 2,181,182: Es kann in diesem Zusammenhang dahingestellt bleiben, ob der in § 11 EMV verwendete Ausdruck 'Untergang' zunächst in Anlehnung an den Sprachgebrauch des Bürgerlichen Gesetzbuches gewählt ist und ob unter diesem Beschluß im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches nur die Fälle der körperlichen Vernichtung zu verstehen sind. Es ist daher auch nicht möglich, nunmehr bei der Auslegung des § 11 EMV auf den Sprachgebrauch des Bürgerlichen Gesetzbuches zurückzugreifen und einen inneren dogmatischen Zusammenhang zwischen dem § 11 EMV und einzelnen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches herzustellen, nachdem der Einheitsmietvertrag für Baugeräte während des Krieges unter Billigung aller Beteiligten auch in seiner Auslegung eine völlige Selbständigkeit erlangt hatte.

BGHZ 40,16,17: Nichts spricht dafür, daß der Gesetzgeber etwa bewußt und gewollt die hier interessierende Frage in den beiden Sätzen der Vorschrift verschieden hätte regeln wollen. ... Es ist überhaupt nicht einzusehen, warum für die Frage der Wirksamkeit einer Kündigung aus 'wichtigem Grunde' das Nachschieben von Kündigungsgründen genügen, bei einer Kündigung aus 'begrundetem Anlaß', die an wesentlich leichtere Voraussetzungen geknüpft ist, für die Erhaltung des Ausgleichsanspruchs ein Nachschieben aber nicht zugelassen sein sollte.

Ebenso BGHZ 28,181 (Es ist kein Grund ersichtlich); 6,391 (nicht ohne weiteres vergleichbare Tatbestände); 25,39 (Die Wesensverwandtschaft ... legt ... nahe); 27,218,219 (... so kann ihm nicht wohl versagt werden...); 16,268; 10,73 (Dieses Ergebnis zeigt, daß die Gegenauffassung nicht zutreffen kann); 8,372 (Überwiegende Gründe sprechen weder für das eine noch für das andere); OLGZ 70,62; 66,91 ff.

Vgl. auch NJW 73,1287: Daß mit der in § 4 des WohnKSchG erwähnten Formulierung nicht sämtliche Parteivereinbarungen ausgeschlossen werden sollten, ergibt im übrigen ein Vergleich mit anderen Vorschriften des Mietrechts des BGB Es leuchtet nicht ein, aus welchem Grunde - bei demselben Wortlaut - die Vorschrift des § 4 des WohnKSchG eine weiter auszulegende Bedeutung haben sollte.

3. Fragwürdig allein:

NJW 73,1880,1881: Die Auslegung des § 518 Abs. 2 mit Rücksicht auf den Schutzzweck des § 518 Abs. 1 BGB liegt aber sachlich näher als die Gleichstellung mit § 362 BGB. Dafür spricht allein schon die systematische Stellung des § 518 Abs. 2 BGB.

Vgl. auch BGHZ 6,107: Gerade wenn das Verhältnis, in dem § 823 Abs 1 BGB und § 904 BGB zueinander und ferner die §§ 2,3,4 Abs 1 Nr 3,7,114 BinnSchG zu den erwähnten Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs stehen, berücksichtigt wird, ergibt sich ebenfalls zwangsläufig...

4.16. WILLE DES GESETZGEBERS

Der "Wille des Gesetzgebers" stellt sich für die Richter anscheinend nicht als empirische Kategorie, sondern als ein Topos dar, mit dessen Hilfe die konsensbedürftige Entscheidung "überzeugend" gerechtfertigt werden kann.

1. Diese These gründet sich zunächst darauf, daß die Richter auf die Darlegung verzichten, wer denn eigentlich der Gesetzgeber ist.

BGHZ 13,277: Für die Auslegung von Gesetzesbestimmungen ist aber nicht die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder über die Bedeutung der Bestimmung entscheidend.

BGHZ 12,156 f: Durch diese Gesetzesänderung ist aber keine Änderung der Rechtslage zu Ungunsten der Versicherungsträger eingetreten. In der amtlichen Begründung zu dem erwähnten Gesetz (RARB Bl 1939 IV, 102) ist gesagt: 'Die Beschränkung des Maßes des Ersatzes für die in § 1542 Abs 2 der RVO genannten Leistungen auf die Sätze des § 1524 Abs 1 Satz 2-4 hat sich in der Zeit nach dem Kriege sehr zu Ungunsten der Träger der Reichsversicherung

ausgewirkt. Es entspricht daher einer Forderung der Gerechtigkeit, diese Pauschalierung nur noch dann zuzulassen, wenn der Versicherungsträger nicht höhere Aufwendungen nachweist, was regelmäßig der Fall sein wird.'

Der Gesetzgeber hat daher durch diese Abänderung ...

NJW 73,1418: Das NEG ist von dieser Rechtssystematik abgerückt. Es (!) hat die einzelnen Anspruchstypen auseinandergezogen...

Siehe weiter zur Frage, wer der Gesetzgeber ist: NJW 73,712 (Gericht zieht entscheidende Schlüsse aus dem Bericht des Rechtsausschusses des Bundestages); NJW 73,1843 (Entwurf der Bundesregierung in Abänderung durch den Rechtsausschuß); 73,1881 (Entstehungsgeschichte); BGHZ 15,97; weitere Beispiele unter der folgenden Ziff. 2, bei denen ebenfalls "der Gesetzgeber" immer wieder herangezogen wird.

2. Seriöse, umfassend unternommene Versuche, den "Willen" des Gesetzgebers zu ermitteln, konnten praktisch nicht ermittelt werden.

2.1. Typisch etwa folgender Argumentationszusammenhang:

BGHZ 6,392: Die Tatsache, daß der Gesetzgeber in der Konkursordnung, der Vergleichsordnung und dem Gesetz zur Bereinigung alter Schulden den Grundsatz der Abhängigkeit der Bürgschaft von der Hauptverbindlichkeit ausdrücklich ausgeschlossen hat, spricht dafür, daß dieser Grundsatz nach dem Willen des Gesetzgebers in Fällen, in denen er nicht ausdrücklich außer Kraft gesetzt ist, wirksam bleiben soll. Diese Auffassung wird dadurch unterstützt, daß der Gesetzgeber diese Frage sogar auf dem Gebiet der Vertragshilfe selbst unterschiedlich behandelt hat. Wenn aber auf dem Gebiet der Vertragshilfe selbst in einer Verordnung ausdrücklich bestimmt wird, daß Bürgschaftsverpflichtungen unberührt bleiben, und in anderen, zum Teil in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang damit ergangenen Verordnungen solche Vorschriften fehlen, so führt auch das zu der Annahme, daß der Gesetzgeber nur für den speziellen Fall der Verordnung vom 2. April 1940 den Grundsatz der Abhängigkeit der Bürgschaft von der Hauptverbindlichkeit aufheben wollte, im übrigen aber auch für das Gebiet der Vertragshilfeverfahren nichts ändern wollte.

Dazu G. u. D. Reinicke, Vertragshilfe und Bürgschaft, MDR 1952, S. 708: Der BGH ... hätte durch Vernehmung der Mitglieder des Rechtsausschusses des Bundestages und des Bundesrates Beweis erheben können Saage führt nämlich in seinem Referentenkommentar aus, ... das VHG habe die Entscheidung der Frage vielmehr bewußt der Rspr. überlassen.

BGHZ 41,110: Nachdem der Gesetzgeber eine so allgemein gehaltene Vorschrift eingeführt hat, muß angenommen werden, daß er die Pflicht zur Leistung eines Prozeßkostenvorschusses unter Ehegatten auf die dort genannten Fälle beschränken wollte.

BGHZ 15,97: Die Währungsgesetze haben Billigkeitsgesichtspunkte bewußt ausgeschaltet und eine notgedrungen schematische Bereinigung des zerrütteten Geldwesens schaffen wollen und geschaffen. Dieser Umstand schließt von vornherein Lösungen aus, die rein auf dem Billigkeitsgedanken beruhen ...

Dazu Soerge]-Siebert-Knopp § 242 Bem. 499: § 242 ergänzt ... nach dieser (Gegen-)Auffassung das Vertragshilferecht, damit alles berücksichtigt wird, was der gerechten und billigen Entscheidung dient; das Vertragshilferecht ergänzt den § 242, weil der Gesetzgeber seiner Auffassung von dem, was Treu und Glauben entspricht, konkreten Ausdruck verliehen hat.

Fragewürdig insbes. auch BGHZ 26,8.

2.2. In erster Linie wird also das, was der Gesetzgeber gewollt hat, mithilfe von Vernünftigkeitserwägungen plausibel gemacht.

OLGZ 73,357 f: Dabei ist es ohne Bedeutung, daß es sich bei der Zivilprozeßordnung um vorkonstitutionelles Recht handelt ..., denn wenn der Gesetzgeber während der fast 25jährigen Geltung des Grundgesetzes trotz der am 12.9.1950 erfolgten Neubekanntmachung der Zivilprozeßordnung keine Änderung vorgenommen hat, so hat er seinen Willen, den bestehenden Rechtszustand aufrecht zu erhalten, deutlich gemacht.

BGHZ 2,240: Hätte der Gesetzgeber des Umstellungsgesetzes, das, wie ausgeführt, zu einer Zeit erlassen worden ist, in der die Frage der Rückzahlung der Rüstungskredite

Gegenstand eingehender Erörterungen war, den Rüstungslieferanten ihren Kreditgebern gegenüber ein Leistungsverweigerungsrecht im Sinne von § 24 Abs 4 UmstG gewähren wollen, so würde er in Rücksicht hierauf nicht das Wort 'Vorlieferant' gewählt, sondern einen umfassenderen Ausdruck benutzt haben.

BGHZ 22,132: Vom gegenteiligen Standpunkt aus müßte auch eine einheitliche vom Aussteller falsch datierte Abtretungserklärung unwirksam sein, was abzulehnen ist. Schwierigkeiten für die Ermittlung des genauen Zeitpunktes der Abtretung können ohnedies wegen der notwendigen Briefübergabe entstehen. Dieses Erfordernis zeigt, daß der Gesetzgeber solche Schwierigkeiten hingenommen hat.

Siehe weiter BGHZ 31,84 (Das kann dem Gesetzgeber nicht verborgen geblieben sein); 41,322 f (Das kann nicht als gewollt unterstellt werden); 8,373; 6,109 (Der Gesetzgeber will ungünstiger behandeln, wie § 108 lehrt); 5,355; 2,182 (Dabei ist es von Bedeutung, daß diese allgemein bekannte Auslegung ... bei den zweimal erfolgten Abänderungen ... den Gesetzgeber nicht zu einem Eingreifen veranlaßt hat ...); OLGZ 70,63; NJW 73,1984.

2.3. Entscheidend kommt hinzu, daß in denjenigen Situationen, in denen zumindest ansatzweise der Versuch unternommen wird, den tatsächlichen Willen des Gesetzgebers zu ermitteln, an vordergründige Gesichtspunkte angeknüpft wird.

NJW 73,1287: Diese Äußerung hat auch in der vom Bundesminister der Justiz herausgegebenen Mietfibel vom März 1972 seinen Niederschlag gefunden; dort heißt es ...

NJW a.a.O.: Daß die hier vertretene Ansicht sich mit der des Gesetzgebers deckt, ergeben folgende Verlautbarungen: Auf eine Anfrage des Abgeordneten ... hat der Parlamentarische Staatssekretär beim Bundesminister der Justiz ... u.a. erklärt: ...

Eine weitere Besonderheit bei dieser Entscheidung liegt darin, daß von einer Gegenmeinung die Auffassung vertreten wird, der Gesetzgeber habe beabsichtigt, "nicht nur den Bestandsschutz zu verstärken, sondern auch den Mietanstieg zu begrenzen".

Dazu LG Hamburg a.a.O.: Wenn diese Absicht wirklich dem Willen des Gesetzgebers entsprochen hätte, wäre eine entsprechende Bestimmung in dem kurz zuvor verkündeten Gesetz zur Verbesserung des Mietrechts ... zu berücksichtigen gewesen ...

Siehe auch NJW 73,712: § 3 Abs. 1-3 WKSchG ist eindeutig zu entnehmen, daß der Gesetzgeber die Wirksamkeit eines Mieterhöhungsverlangens von der Angabe von Vergleichswohnungen abhängig machen wollte (vgl. hierzu den schriftlichen Bericht des Rechtsausschusses des Bundestags, Drucksache VI, 2421, auszugsweise (!) abgedruckt bei Bormann-Schade-Schubart, Soziales Miet- und Wohnrecht, D IV/4, § 3 WKSchG S. B 41), wenn der Klägerin im übrigen auch zuzugeben ist, daß dies in § 3 nicht ausdrücklich normiert ist.

Vgl. ebenso NJW 73,1843 und BGHZ 12,156.

Seriös demgegenüber allerdings

BGHZ 25,44 f: Wie Boettinger ... überzeugend nachgewiesen hat, haben die Verfasser der AHB bei der Beratung der Bedingungen in den Jahren 1920, 1921 und 1937 bis 1939 die Verstoßtheorie gerade wegen der oben erörterten schwerwiegenden Bedenken ausdrücklich abgelehnt Diese Einstellung ist in der seit 1921 geltenden Fassung ... auch klar genug zum Ausdruck gekommen.

OLGZ 69,220: Diesen Nachteil hat der Gesetzgeber indessen bewußt in Kauf genommen (Motive zum BGB, Bd. 3 S. 488).

Vgl. auch BGHZ 40,15.

3. Als Einzeleindrücke sind schließlich festzuhalten: Die Relevanz des Arguments aus dem Willen des Gesetzgebers erscheint gering; einem Landgericht dürfte es auch schwer fallen, den Willen eines Gesetzgebers sachgerecht zu ermitteln. Davon, daß Richter etwa sogar bei der historischen Auslegung die "gesamten sozialen Bedingungen (analysieren), in die der Gesetzgebungsakt planmäßig steuernd eingriff" (Esser, JZ 1975, S. 556), kann nicht die Rede sein.

4.17. ZWECK DES GESETZES

1. Durchgängige methodische Verfahren, mit deren Hilfe die Richter den Zweck eines Gesetzes bzw. insbesondere den einer einzelnen Gesetzesbestimmung zu ermitteln suchten, konnten nicht aufgefunden werden.

1.1. Zwar befanden sich die Richter offenbar häufig in der günstigen Situation, auf evidente Gesetzeszwecke zurückgreifen zu können (wobei allerdings eine Unterscheidung zwischen dem objektiven Zweck des Gesetzes und der Regelungsabsicht des historischen Gesetzgebers nicht getroffen wurde).

Vgl. z.B. OLGZ 73,215: Diese Auslegung des § 2314 BGB ist auch durch seinen Zweck, der Beweisnot des Pflichtteilsberechtigten abzuhelpen, geboten ...

BGHZ 29,297: Damit würden aber Sinn und Zweck des § 544 BGB vereitelt werden. ... Denn der Mieter soll in seiner Freiheit sich zur Aufgabe der gesundheitsgefährdenden Wohnung zu entschließen, in keiner Weise eingeschränkt sein.

Ebenso OLGZ 69,321; BGHZ 9,208; 19,76.

1.2. In bereits halbwegs problematisch erscheinenden Fällen wurden aber eine Vielzahl fragwürdiger Argumentationszusammenhänge aufgefunden.

1.2.1. Zunächst blieb häufig gänzlich unklar, wie die Richter zur konkreten Zweckbestimmung gelangten.

BGHZ 7,207: ... So dient sie (die Vorschrift des § 218 StGB) doch auch dem Schutze der Schwangeren ...

BGHZ 10,194 f: Nach § 75 AktG beträgt die Höchstdauer der Vorstandsbestellung fünf Jahre. Die amtliche Begründung führt als Grund für die zeitliche Begrenzung der Bestellung und des Anstellungsvertrages an, daß langfristige Anstellungsverträge oftmals zu einer schweren Belastung der Gesellschaft geführt haben. Der Zweck der zeitlichen Begrenzung des § 75 Abs 1 AktG kann aber nicht

nur darin gesehen werden, zu verhindern, daß für die Kapitalgesellschaft durch einen langfristigen Anstellungsvertrag auf die Dauer untragbare wirtschaftliche Belastungen entstehen. Denn dieser Folge hätte der Gesetzgeber eher dadurch begegnen können, daß er der Gesellschaft nach gewissen kürzeren Zeiträumen ein Recht zur Kündigung des Anstellungsvertrages gewährte Außerdem steht der Gesellschaft in einem solchen Fall oft der Rechtsbehelf des § 78 Abs. 2 AktG zur Verfügung. Der eigentliche Zweck des § 75 Abs. 1 AktG muß daher vor allem darin gesehen werden, den Aufsichtsrat alle fünf Jahre dazu veranlassen, sich in einer verantwortlichen Beratung über die Weiterbeschäftigung des Vorstandsmitgliedes schlüssig zu werden.

S. auch NJW 73,807 und insbesondere

NJW 73,1984: Die weitere Erwägung der Kammer, das Mahnverfahren verfolge auch den Zweck, dem Schuldner die ernstliche Verfolgung des Anspruchs vor Augen zu führen und dadurch den Erlaß des Vollstreckungsbefehls möglicherweise überflüssig zu machen, dieser Zweck werde aber bei Zulassung der Verbindung beider Anträge vernachlässigt, wird nach erneuter Überprüfung nicht aufrecht erhalten. Das Mahnverfahren dient ausschließlich dem Zweck, dem Gläubiger eines einfachen und unbestrittenen Anspruchs ein vereinfachtes und beschleunigtes Verfahren zur Erlangung eines Vollstreckungstitels zur Verfügung zu stellen.

1.2.2. Unseriöse Ermittlungsversuche finden sich m.E. in

BGHZ 41,161: Wollte man ganz allgemein die Errichtung von Gebäuden einbeziehen, so würde der Anwendungsbereich der §§ 994 ff BGB in einer Weise erweitert, die ersichtlich (!) nicht mehr dem Zweck der gesetzlichen Regelung entspräche und für die auch kein vernünftiges wirtschaftliches Bedürfnis bestünde.

BGHZ 39,264: ... so würde der Bauherr wegen desselben Mangels doppelte Befriedigung erlangen, ein Ergebnis, das dem vom Gesetz verfolgten Ziel widersprechen würde.

NJW 73,1619: Daß den Vorschriften der §§ 12 ff ZPO ein starker Gerechtigkeitsgehalt innewohnt, ergibt sich ... aus der sozialen Funktion der §§ 12 ff ZPO i.S. der Gewährleistung des prozessual Angegriffenen Dazu LG München NJW 73,1617,1618: Die Kammer hält die Auffassung für unzutreffend. In den Materialien zur ZPO ist das Motiv der Gerechtigkeit in dem hier interessierenden Zusammenhang nicht erwähnt Auch in der wesentlichen Kommentierung der ZPO ist dazu nichts zu finden.

BGHZ 16,271: '§ 618 BGB bezweckt, die Dienstverpflichteten auch vor den Nachteilen zu schützen, die aus ihrer Gewöhnung an die Gefahren und aus ihrer Abstumpfung gegen diese erwachsen können' (so RG Warn 1916 Nr 102).

Die Besonderheit dieser Entscheidung liegt darin, daß auch das Reichsgericht auf jegliche Begründung für die konkrete Zweckbestimmung verzichtet.

BGHZ 37,368 (1. Spielbankfall; vgl. demgegenüber BGHZ 47,393): Das rechtfertigt sich aus der Regelung, die der Bereicherungsanspruch ... in § 816 BGB gefunden hat, und aus dem erkennbaren (!) Sinn und Zweck dieser Vorschrift.

1.2.3. Auch in folgenden Beispielen wird wenig sorgfältig vorgegangen:

BGHZ 25,40,41: Diese stellen denn auch bei der Auslegung des § 1 ... nicht so sehr die sprachlichen und systematischen Zusammenhänge in den Vordergrund, als vielmehr den wirtschaftlichen Zweck (!) der Regelung, so insbesondere das Reichsgericht in seiner Entscheidung RGZ 171, 43 Nun lassen sich in der Tat für die Verstoßtheorie wirtschaftliche Gesichtspunkte anführen, denen aber auf der anderen Seite gewichtige Gegengründe zugunsten der Schadensereignistheorie entsprechen. Stellt man es auf den wirtschaftlichen Zweck (!) ab und berücksichtigt man dabei insbesondere die versicherungstechnischen Gegebenheiten und die beiderseitige Interessenlage, so ergibt sich folgendes ...

(Beide in dieser Entscheidung dargelegten Auffassungen kommen also bei gleichzeitigem Abstellen auf den Zweck der Regelung zu unterschiedlichen Ergebnissen).

Vgl. auch: NJW 73,1330 mit Anm. Kreie, NJW 73, S. 1887.

1.2.4. Ganz anders demgegenüber z.B.

OLGZ 73,199: Es (das Schwarzarbeitsgesetz) soll auch dem Schutz des Auftraggebers vor Schäden durch minderwertige Leistungen und unsachgemäße Materialverwendungen dienen (vgl. die amtliche Begründung zum Gesetz, Bundestagsdrucks. 1111, 2. Wahlperiode ...

Vgl. aber auch BGHZ 28,179 und OLGZ 70,58, in denen der Zweck in überzeugender Weise argumentativ plausibel gemacht wird.

1.2.5. Nur am Rande sei deutlich gemacht, welche Freiräume sich Richtern bei der Bestimmung von Zwecken eröffnen.

OLG Frankfurt, NJW 1950, S. 953: Auch dem Sinn und Zweck des Gesetzes würde es nicht entsprechen, Kreditgeber in jedem Falle ... besser zu stellen als den Vorlieferanten 'gegenständlicher Leistungen' Dem Sinne des Gesetzes entspricht vielmehr, eine Gefahrrengemeinschaft ... anzunehmen, aus der die ... Kreditgläubiger nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden können ...

Demgegenüber zu derselben Problematik

BGHZ 2,241,242: Freilich ist auch bei der Auslegung von Gesetzen ... der wirkliche Sinn zu erforschen. Aber auch er spricht nicht für die von der Revision vertretenen Auffassung. Der im Rahmen des § 21 Abs. 4 UmstG zu beachtende Gesichtspunkt der Gefahrgemeinschaft ... verliert den Kreditgebern gegenüber aus folgenden Erwägungen an Gewicht. Eine so weitgehende Auslegung würde aber zu schwer tragbaren Folgen führen.

Siehe auch BGHZ 2,185 ff.

1.3. Insgesamt stellt sich folgender Eindruck ein: Die Richter begegnen der Schwierigkeit der Ermittlung von Normzwecken dadurch, daß sie vorgreiflich die sachgerechte Regelung ins Auge fassen und daran den Zweck der Gesetzesbestimmung ausrichten. Das methodische Verfahren, durch Aufzeigen unerträglicher Folgen den Nachweis zu erbringen, was dem Willen des Gesetzgebers nicht habe entsprechen können, findet an dieser Stelle seine Parallele: Nachdem vorgreiflich die sachgerechte Falllösung bestimmt wurde, wird sie dann als Produkt der 'ratio legis' ausgegeben.

NJW 73,1287: Eine verständige am Sinn und Zweck des Gesetzes orientierte Auslegung des § 4 besagt somit Die von der Gegenmeinung vertretene Auffassung, der Gesetzgeber habe beabsichtigt Abgesehen davon, würde eine extensive Auslegung des § 4 des Wohn-KSchG zu nicht übersehbaren Unsicherheiten bei der außergerichtlichen Durchführung des gesetzlich vorgesehenen Mietanhebungsverfahrens führen. ... Der Mieter, der den-

noch die geforderte Miete zahlt, könnte möglicherweise noch nach Jahren die Differenz zwischen der ortsüblichen und der neu vereinbarten - aber nicht ortsüblichen - Miete zurückverlangen, da er ... rechtsgrundlos geleistet hätte; ein solcher Rückforderungsanspruch würde erst nach 30 Jahren verjähren.

BGHZ 18,348: Das Berufungsgericht will vermeiden Um dieses Ergebnis zu gewinnen, bedurfte es aber nicht der Feststellung der Nichtigkeit des Anwaltsvertrages. Vielmehr ist dem Zweck des § 93 Abs. 2 RAGeO zu entnehmen, daß zwar der gerichtliche Schutz für die dem Anwalt untersagte Gebührenvereinbarung entfallen, die Gültigkeit des Anwaltsvertrages aber in der Regel nicht in Zweifel gezogen werden soll. Andernfalls würden die Interessen des Mandanten ernstlich gefährdet ...

BGHZ 10,195: Der eigentliche (!) Zweck des § 75 Abs 1 AktG muß daher vor allem darin gesehen werden, den Aufsichtsrat alle 5 Jahre dazu zu veranlassen, sich in einer verantwortlichen Beratung über die Weiterbeschäftigung des Vorstandsmitgliedes schlüssig zu werden. ... (Andernfalls) würde sich (für die Kapitalgesellschaft) daraus in vielen Fällen die Gefahr ergeben, daß die Beschäftigungszeit eines Vorstandsmitgliedes sich ... ohne sachlichen Grund, vielleicht sogar entgegen den Interessen der Gesellschaft, verlängert.

Ebenso BGHZ 37,368 (eine Entscheidung mit starkem Gerechtigkeitsgehalt, in der das scheinbar billige Ergebnis mithilfe des "erkennbaren" Sinnes und Zweckes gerechtfertigt wurde); BGHZ 16,271 (beachte S. 272: Es würde jeder Billigkeit zuwiderlaufen ...); BGHZ 39,264 (evidente "Rechtswahrheit" als "Ziel des Gesetzes" ausgegeben); NJW 73,1618 (im Hinblick auf die billige Entscheidung abgestellt auf die "soziale Funktion" von Gesetzesbestimmungen); BGHZ 25,40,41 (Zweck der Regelung ohne Relevanz für sachgerechte Entscheidung); BGHZ 2,241,242 (Gesetzeszweck tritt gänzlich hinter Vernünftigkeitserwägungen zurück); BGHZ 7,207; 41,161; NJW 73,1330.

2. Im Anschluß an die Ermittlung des Normzwecks stehen die Richter vor der Aufgabe, die Frage zu beantworten, welche konkrete Entscheidung der so ermittelte Zweck verlangt; sie müssen also nachweisen, daß die gewählte Entscheidungsalternative den Zweck verwirklicht bzw.

fördert oder daß die ausgeschiedene Alternative dem Zweck zuwiderlaufen bzw. ihn vereiteln würde.

Die Art und Weise dieser Prüfung hängt notwendig davon ab, ob der Normzweck sich auf ein faktisches oder aber nicht faktisches (normatives) Ziel richtet; interessant für eine methodenkritische Untersuchung ist allein der erstere Fall: In diesem Zusammenhang ist zu untersuchen, mit welchen Verfahren die Richter feststellen, daß ihre aktuelle Entscheidung den auf ein faktisches Ziel gerichteten Zweck tatsächlich verwirklicht.

2.1. Auffällig ist zunächst, daß sich die Argumentationszusammenhänge im Hinblick auf faktische und nicht faktische Ziele äußerlich nicht unterscheiden.

BGHZ 40,15 f (für auf nicht faktisches Ziel gerichteten Zweck): § 89 b HGB will grundsätzlich den Handelsvertreter begünstigen und schützen. ... (S. 16) Für die Kündigung des U n t e r n e h m e r s genügt es also, daß der Kündigungsgrund im Zeitpunkt der Kündigung objektiv vorlag, und es ist nicht erforderlich, daß der Unternehmer sich schon bei der Kündigung auf ihn berufen hat oder daß er ihm überhaupt bekannt war. Dann aber ist nicht einzusehen, warum für die Kündigung des H a n d e l s v e r t r e t e r s insoweit eine diesem ungünstigere Regelung gelten sollte. Das gilt umso mehr, als die Gesamttendenz des § 89 b Abs. 3 HGB dahingeht, den Handelsvertreter günstiger zu stellen als den Unternehmer.

BGHZ 37,366 (für auf faktisches Ziel gerichteten Zweck): Der Sinn des § 1 Abs. 1 SpielbVO ist aber, einen bestimmten Personenkreis vom Spiel fern zu halten, nämlich nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 Personen unter 21 Jahren schlechthin und nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 grundsätzlich, falls sie nicht eine der Spielordnung entsprechende ausdrückliche Zulassung haben, auch die Einwohner des Spielortes. Dieser Personenkreis ist durch die Teilnahme am Glücksspiel in erhöhtem Maße der Gefahr ausgesetzt, der Spielleidenschaft zu verfallen, die noch nicht 21 Jahre alten Personen wegen ihres jugendlichen Alters, die Einwohner des Spielortes deshalb, weil sie die Spielbank leicht und ständig aufsuchen können und damit der Versuchung zum Spiel besonders stark ausgesetzt sind. Hierin sieht der Senat den maßgebenden Grund für das in § 1 Abs. 1 SpielbVO ausgesprochene Verbot. Wenn dessen Zweck erfüllt, also das Spielen durch diese Personen

überhaupt und nicht nur je nach den Umständen, unter denen das Spiel stattfindet, verhindert werden soll, so können die von diesen Personen abgeschlossenen Spielverträge nicht als rechtswirksam anerkannt werden; damit würde weitgehend das Verbot seiner Bedeutung beraubt und der mit ihm verfolgte Zweck vereitelt werden.

2.2. Wird aus diesen Beispielen deutlich, daß in beiden Fällen eine gleichgelagerte Plausibilitätsargumentation stattfindet, so kann die Kritik wie folgt ansetzen: Da die Frage, ob ein bestimmte Umstand ein faktisches Ziel erreicht oder nicht erreicht, sicher und exakt allein mithilfe empirischer sozialwissenschaftlicher Methoden beantwortet werden kann, ist zu analysieren, was die Richter an deren Stelle setzen.

Würden, wenn man die abgeschlossenen Spielverträge als rechtswirksam anerkennen würde, dadurch weniger Spieler des gefährdeten Personenkreises vom Spiel ferngehalten?

Charakteristisch ist, daß das Gericht diese empirisch überprüfbare Behauptung gar nicht weiter untersucht, sondern einfach plakativ hinstellt.

Dasselbe gilt für:

BGHZ 29,296,297: Die Beantwortung dieser Frage ist aus dem Sinn und Zweck des § 544 BGB zu entnehmen. ... der Mieter soll in seiner Freiheit, sich zur Aufgabe der gesundheitsgefährdenden Wohnung zu entschließen, in keiner Weise eingeschränkt sein.

Zu fragen ist: Werden Mieter, die einen verloren Baukostenzuschuß gezahlt haben, in der genannten Freiheit beschränkt (wenn sie den Vorschuß nicht nach § 812 BGB zurückverlangen können)?

OLGZ 73,199: Es (das Schwarzarbeitsgesetz) soll auch dem Schutz des Auftraggebers vor Schäden durch minderwertige Leistungen und unsachgemäße Materialverwendungen dienen Dem würde es widersprechen, wenn man dem Auftraggeber ... vertragliche Ansprüche wegen Schlechterfüllung, insbesondere wegen positiver Forderungsverletzung, versagen würde.

Zu fragen ist: Würde es bei Annahme der Unwirksamkeit der Verträge (mit der Folge, daß vertragliche Schadensersatzansprüche ausgeschlossen wären) zwischen Auftraggeber und Schwarzarbeiter zu einer höheren Zahl von minderwertigen Leistungen und unsachgemäßen Materialverwendungen kommen?

BGHZ 10,195: Der eigentliche Zweck des § 75 Abs. 1 AktG muß daher vor allem darin gesehen werden, den Aufsichtsrat alle 5 Jahre dazu zu veranlassen, sich in einer verantwortlichen Beratung über die Weiterbeschäftigung des Vorstandsmitgliedes schlüssig zu werden. ... Aus dem Zweck der zeitlichen Begrenzung der Bestimmung folgt aber zwingend, daß automatisch wirkende Verlängerungsklauseln bei der Bestellung auf Höchstdauer als unzulässig angesehen werden müssen. Denn eine solche Verlängerungsklausel würde dazu führen, daß der Aufsichtsrat vor Ablauf der Fünfjahresfrist die erforderliche verantwortliche Entscheidung nicht zu treffen braucht. Für die Kapitalgesellschaft würde sich daraus in vielen Fällen die Gefahr ergeben, daß die Beschäftigungszeit eines Vorstandsmitgliedes sich nicht nur ohne ausreichende sachliche Prüfung, wie sie nur in einer formellen Beratung vorgenommen werden kann, sondern auch ohne sachlichen Grund, vielleicht sogar entgegen den Interessen der Gesellschaft verlängert.

Zu fragen ist: Ist es erforderlich, eine vereinbarte automatische Verlängerungsklausel (Vertrag sollte sich um 5 Jahre verlängern, es sei denn, daß 6 Monate vor Ablauf gekündigt würde) als unwirksam anzusehen, um den Aufsichtsrat dazu zu bringen, alle 5 Jahre eine verantwortliche Beratung durchzuführen?

BGHZ 48,113 f (als klassisches Beispiel): Wie bereits oben zu ... ausgeführt, ist es der Sinn und Zweck des § 639 Abs. 2 BGB, den Besteller des Zwanges zu entheben, bereits während noch laufender Nachbesserung des Unternehmers diesen wegen der Mängel mit einer Klage überziehen zu müssen, um der drohenden Verjährung vorzubeugen. Gerade der verständige Bauherr, dem es darauf ankommt, den Unternehmer im Guten zur Beseitigung der Mängel zu veranlassen, wird es vermeiden, während der laufenden Nachbesserung durch eine Klage das Einvernehmen der Vertragsteile und die Nachbesserungsbereitschaft des Unternehmers zu stören. Bei Abwägung der gegenseitigen Interessen muß dem berechtigten Interesse des Bauherrn, eine Klage bis zur Beendigung der Nachbesserungsversuche

des Unternehmers aufschieben zu dürfen, ohne den Eintritt der Verjährung befürchten zu müssen, der Vorrang zuerkannt werden gegenüber dem Interesse des Unternehmers an möglichst baldigem Eintritt der Verjährung. Für die störende Wirkung einer Klage des Bauherrn, das 'Vergrämen' des Unternehmers, ist es aber ganz gleichgültig, ob die Klage auf Nachbesserung, Minderung oder Schadensersatz gerichtet ist.

Der Zweck des § 639 Abs. 2 BGB verbietet es deshalb auch, dem Bauherrn während der Nachbesserungsversuche des Unternehmers die Erhebung einer Feststellungsklage auf Schadensersatz anzusinnen.

Ebenso NJW 73,807; BGHZ 43,78 (insbesondere die Gerechtigkeitserwägung: Oberdies würde der Unfallurheber einem Zugriff auf sein Vermögen ... ausgesetzt werden, dem er seitens der betroffenen Familienangehörigen kaum je ausgesetzt worden wäre ...).

2.3. Insgesamt erscheint es gerechtfertigt, den Umstand, daß Richter darauf verzichten, die Erreichbarkeit empirischer Ziele mithilfe empirischer Methoden zu prüfen, wie folgt zu bewerten:

Es würde m.E. eine Vergeudung von Steuergeldern darstellen, wenn man zur Abklärung dieser Fragen empirische Untersuchungen in Auftrag geben würde. Denn einmal würde das als sachgerecht erkannte Ergebnis auch ohne das Argument aus dem Zweck des Gesetzes Bestand haben; und zum anderen erreichen die Richter mithilfe von Fallvergleichen und Folgeerwägungen ein so hohes Maß an Plausibilität, daß auf zeitraubende Untersuchungen verzichtet werden kann.

Für diejenigen Justizkritiker, die den Richtern vorwerfen, allzusehr mit ungesicherten Alltagstheorien zu operieren, eröffnet sich hier ein neues Betätigungsfeld: mögen sie doch an den zufällig ermittelten, konkreten Beispielen ansetzen, um den Nachweis der Verwendung von fragwürdigen Alltagstheorien zu erbringen.

3. Situationen, in denen Richter die Vorzugswürdigkeit von unterschiedlichen Zwecken darzulegen hatten, konnten nicht aufgefunden werden.

4.18. INTERESSENABWÄGUNG

1. Die Richter stehen also zunächst vor der Notwendigkeit, faktische Interessen von Personen bzw. Personengruppen in konkreten Situationen zu ermitteln. Daher beabsichtigte die Urteilsanalyse die kritische Prüfung, wie weit dabei in bezug auf diese faktischen Gegebenheiten die Ermittlung mithilfe empirischer Methoden vorgenommen wurde (bekanntlich sollte es mithilfe des Interessebegriffs gelingen, die soziale Wirklichkeit "ins Gesichtsfeld" [Dubischar] zu bekommen). Die Analyse erbrachte folgendes Ergebnis:

Sämtliche in den Urteilen herangezogenen Interessen besaßen ein so hohes Maß an Evidenz, daß die Anweisung an die Richter, faktische Interessen etwa mithilfe von demoskopischen Umfragen zu ermitteln, ganz sinnlos erscheinen müßte.

1.1. Zwar wird es sicherlich immer wieder einmal vorkommen, daß tatsächliche Interessen z.B. einer Prozeßpartei schlichtweg übersehen werden (wobei ein derartiger Fehler natürlich nicht durch Einsatz empirischer Methoden vermieden werden kann).

BGHZ 16,8 ff: Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, daß ... eine Abwägung der wirtschaftlichen Interessen *b e i d e r* Parteien geboten sei. Bei Erörterung der Interessenlage hat jedoch das Berufungsgericht allein das Interesse der Beklagten an einer anderweitigen Verwendung des nach dem Muster der Klägerin entwickelten Mantelschnittes herausgestellt und das offenkundige, starke wettbewerbliche Interesse der Klägerin, das gegen die Belieferung ihrer Mitbewerber auf dem Mantelmarkt mit der in ihrem Auftrag und nach ihrer Vorlage entwickelten Mantelform sprach, völlig außer Betracht gelassen.

1.2. Schwierigkeiten dürfte die Interessenermittlung auch dann bereiten, wenn in bezug auf den Interessensbegriff normative und empirische Aspekte miteinander vermengt werden.

BGHZ 17,16: Bei der Abwägung aber, ob es billiger ist, demjenigen, der sich im Vertrauen auf Erklärungen seines Verhandlungspartners auf ein Rechtsgeschäft einlassen will, die Überprüfung der wahren Verhältnisse zuzumuten oder denjenigen, der durch sein Auftreten eine der wahren Sachlage nicht entsprechende Vorstellung bei dem Vertragsgegner hervorgerufen hat, an der durch sein Verhalten geschaffenen Situation festzuhalten, verdient grundsätzlich im Interesse des lauterer Geschäftsverkehrs der Schutz des auf den Rechtsschein Vertrauenden den Vorzug.

1.3. Im übrigen aber erschienen sämtliche zu ermittelnden Interessen unmittelbar einleuchtend. Dazu zwei Erklärungsversuche:

1.3.1. Unproblematisch sind offenbar zunächst diejenigen Fälle, in denen die Interessen der Prozeßparteien dem Klagebegehren und dem Verteidigungsvorbringen unmittelbar entnommen werden können.

NJW 73,2290: (Interesse der Beklagten,) gerade in der hier geübten Weise ihrer politischen Meinung Ausdruck geben zu können ...
(Interesse des Klägers) an der Bewahrung seines Eigentums vor einer Beeinträchtigung Das hoch einzuschätzende Interesse des Klägers am ungestörten Fortgang seines Erwerbsbetriebes ...

1.3.2. Auch in denjenigen Situationen tauchen keine Probleme auf, in denen die Interessen der Parteien in ihrer Rolle als Käufer, Versicherungsnehmer, Bauherr, Bauunternehmer, Kläger, Mieter, Einlagerer, Ehegatte, Makler, Produzent u.s.w. festgestellt werden müssen. Die Ermittlung dieser Interessen fällt den Richtern offenbar deshalb so leicht, weil bereits der Gesetzgeber diese typischen Interessen vorgefunden (und dann auch bewertet) hat, so daß ein Rückschluß auf diese faktischen Interessen ohne weiteres möglich ist.

BGHZ 48,113 f: Gerade der verständige Bauherr, dem es darauf ankommt, den Unternehmer im Guten zur Beseitigung der Mängel zu veranlassen, wird es vermeiden, während der laufenden Nachbesserung durch eine Klage das Einvernehmen der Vertragsteile und die Nachbesserungsbereitschaft des Unternehmers zu stören. Bei Abwägung der gegenseitigen Interessen muß dem berechtigten Interesse des Bauherrn, eine Klage bis zur Beendigung der Nachbesserungsversuche des Unternehmers aufzuschieben zu dürfen, ohne den Eintritt der Verjährung befürchten zu müssen, der Vorrang zuerkannt werden gegenüber dem Interesse des Unternehmers an möglichst baldigem Eintritt der Verjährung.

NJW 73,1616 (Interesse des Beklagten, seine Einwendungen gegen die Klageforderung möglichst nahe an seinem Wohnort geltend zu machen); NJW 73,706 (Interesse des Leasinggebers); OLGZ 69,329 (Makler will Provision verdienen); BGHZ 10,195 (Aktiengesellschaft hat Interesse an fähigem Vorstand); BGHZ 12,343; 16,88 (Produzent hat Interesse an Bewahrung und Erweiterung seiner wettbewerblichen Stellung); 23,56 (Arbeitgeber will nicht ohne Gegenleistung zusätzliche Leistungen erbringen); 25,41 ff; 28,114; 31,228; 33,219; 37,42; 37,77 f; 37,368 f; 38,185 f; 39,158; 40,389; 42,132; 44,371 f; 48,113 f; 48,268 f.

1.4. Damit muß sich das kritische Interesse der vorliegenden Abhandlung auf diejenigen Fälle richten, in denen die Richter bei der Entscheidung eines aktuellen Konfliktfalls auf Interessen von Bevölkerungsgruppen abstellen, die weder in unmittelbarem Zusammenhang zum Parteiinteresse stehen noch dem Gesetzgeber als "typische" vorgeschwebt und insoweit eine Bewertung erfahren haben. In diesem Zusammenhang fanden sich allerdings nur sehr wenige Beispielsfälle.

NJW 73,1797 f: Tatsächlich aber verfolgen die Formulare und Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin den Zweck, auch eine von der bestellenden Minderjährigen gänzlich unabhängige eigene Verpflichtung des mitwirkenden Elternteils zu begründen. Das ist eine im Hinblick auf die Ausgangslage der Verhandlungen völlig überraschende Klausel. Und sie verkörpert eine mißbräuchliche Verfolgung einseitiger Interessen der Klägerin auf Kosten des 'Mitbestellers'. Denn der 'Mitbesteller' hat kein

unmittelbares eigenes Interesse an den Aufträgen. Er besitzt regelmäßig in dieser oder jener Form bereits das, was bestellt wird, und will lediglich etwas für seine Kinder tun. Tatsächlich aber zielt die Klägerin gerade auch auf seine Person als selbständige Vertragspartei.

OLGZ 73,362: Des Zusammenhangs halber sei noch bemerkt, daß die Konzentration der Aktivprozesse eines Unternehmens bei einem Gerichtsstand nicht allein dem Interesse des Unternehmers dient, sondern eine im Interesse der Kunden höchst erwünschte Nebenwirkung hat. Nur diese Konzentration nämlich ermöglicht eine wirksame richterliche Kontrolle des Geschäftsgebahrens des Unternehmens.

Vergleiche auch BGHZ 22,99 (Interesse der Möbelkäufer): Denn nicht in der nach Gewährleistungsrecht gegebenen Möglichkeit einer preislichen Änderung oder Aufhebung des Kaufvertrages besteht das schutzwürdige Interesse des Käufers, sondern darin, daß er eine mangelfreie Ware ... erhält. (Dieses Interesse kann auch dadurch gewahrt werden, daß ein aufgetretener Mangel in sachgerechter Weise durch den Verkäufer beseitigt wird.)

Alle diese - wenn auch wenigen - Entscheidungen erscheinen denn auch sofort zweifelhaft. Im Fall NJW 73, S. 1797 wäre zu fragen, ob es der mitbestellenden Mutter nicht gleichgültig ist, ob allein die Tochter oder sie ebenfalls verpflichtet wird. Denn auch im letzteren Fall würde das Entgelt aus der "Familienkasse" gezahlt und die Ware letztlich ebenfalls der Tochter zukommen können. Im Hinblick auf die Entscheidung OLGZ 73, S. 359, 362 erscheint es sehr fraglich, ob die Behauptung eines derartigen Interesses der Kunden empirisch verifiziert werden könnte. Und in BGHZ 22,90,99 liegt die Annahme doch sehr viel näher, daß das Interesse der Kunden nicht pauschal auf mangelfreie, sondern auf von Anfang an mangelfreie Ware geht.

1.5. Insgesamt konnte die vorliegende Abhandlung an dieser Stelle allein erreichen, die Richter für die so (noch recht vage) gekennzeichnete Problematik sensibel zu machen. Dennoch aber erscheint auch in diesem Zusammenhang die These gerechtfertigt: Die Plausibilität

der herangezogenen Interessen erreichte ein so hohes Maß (und auch die kritischen Einwände ergaben sich so unmittelbar aus Plausibilitätserwägungen), daß es weder ökonomisch noch vom Zeitaufwand her als vertretbar angesehen werden könnte, empirische Erhebungen in Auftrag zu geben.

2. Der Schwerpunkt der juristischen Diskussion liegt allerdings bei der Frage nach den Kriterien für die Abwägung der Interessen.

2.1. Dazu zunächst als besonders charakteristische Entscheidung

BGHZ 37,77 f: Umstritten ist dagegen, ob auch weitere, also freiwillige Zahlungen auf die Stammeinlage vor Eintragung der Gesellschaft wirksam sind. Das wird vom Reichsgericht ... verneint, dagegen von vielen anderen bejaht ... Beide Auffassungen haben gute Gründe zur Seite Der Senat schließt sich der Ansicht des Reichsgerichts an. Der Schutz des Rechtsverkehrs verdient den Vorzug vor der Berücksichtigung der Interessen der Gesellschafter. Ein Gesellschafter, der während des Gründungsstadiums über die gesetzlich oder statuarisch vorgesehenen Beträge hinaus freiwillig Zahlungen auf seine Stammeinlage leistet, tut das im Vertrauen auf den wirtschaftlichen Erfolg des gegründeten Unternehmens und muß das mit seinen freiwilligen Mehrleistungen verbundene Risiko selbst tragen.

2.2. Die Richter rekurren in der Regel auf ihren reichen Schatz professionell konsentierter Topoi.

NJW 73,706: Gesetz und Fallvergleichung;
NJW 73,1619: Gesetzesentwurf und allgemeine rechtspolitische Strömungen;
NJW 73,1797: Widerspruch zur Billigkeit;
OLGZ 69,329: unbillige Härte;
BGHZ 12,343: Billigkeit und Folgenerwägungen;
BGHZ 16,8: Gebot redlicher Vertragserfüllung;
BGHZ 17,16: Vertrauensgrundsatz;
BGHZ 23,56: Folgenerwägung ("kann sich anderweitig sichern");
BGHZ 28,114: Billigkeit und Folgenerwägung (Vorteil ohne jede eigene Aufwendung);
BGHZ 37,42: gebührende Rücksicht, Fallvergleichung;

BGHZ 38,185 f: Unbilligkeit;
BGHZ 39,158: Folgenerwägung (Verlust des Versicherungsschutzes);
BGHZ 44,371 f: dolos gehandelt.

Insgesamt sind also durchgängige Argumentationszusammenhänge nicht auszumachen; die Richter geben sachliche Gründe (Risikogedanke, Vertrauensgrundsatz, redliche Vertragserfüllung, dolose Handlung) an, vergleichen die möglichen Entscheidungsalternativen mit bereits konsentierten Fällen und achten schließlich darauf, daß ihre Entscheidungen tragbare Folgen in der gesellschaftlichen Umwelt zeitigen.

2.3. Entscheidend erscheint aber in diesem Zusammenhang folgender Umstand: Die Richter lassen keinen Zweifel daran, daß das zentrale Entscheidungskriterium ihre eigene Auffassung und Überzeugung ist.

NJW 73,2291: Das hoch einzuschätzende Interesse des Klägers am ungestörten Fortgang seines Erwerbsbetriebes ist nach Auffassung der Kammer ...

OLGZ 73,362: Der hierin liegende Schutz der Kunden ... wird von den Gegnern der Gerichtsstandsklauseln nach Auffassung des Senats weit unterbewertet.

BGHZ 23,306: ... besteht kein Anlaß mehr ...

BGHZ 25,42: ... Der Ansicht der Revision ... kann nicht gefolgt werden.

BGHZ 48,269: Angesichts dieser beiderseitigen Interessenlage ist nach der Überzeugung des Senats in Fällen, in denen der Unternehmer die Gewährleistungsrechte schon so weitgehend beschnitten hat, ... eine zusätzliche Belastung ... nicht statthaft. In diesem Punkte ist dann vielmehr den berechtigten Interessen des Bestellers der Vorrang zu geben.

Vgl. auch z.B. BGHZ 44,371 (unerträglicher Widerspruch), BGHZ 42,132 (ausführliche Auseinandersetzung mit den Argumenten des Berufungsgerichts) und den oben zitierten Fall BGHZ 37,77 f.

2.4. Der Vorwurf einer Fassadenarbeit geht damit wieder einmal ins Leere; die Richter sehen offenbar zur Bewältigung der Abwägungsproblematik keine anderen Möglichkeiten als diejenigen, sachliche Gründe offen anzugeben, deutlich zu machen, daß diese Gründe ihrer Auffassung und Überzeugung nach vernünftig sind, die Entscheidung dann der Kritik zu stellen (vgl. die Anm. zu NJW 73,2290) und schließlich bei besserer Einsicht eine abweichende Abwägung zu treffen.

4.19. STANDARDS

1. Bei den Standards geht es also allein um normative Anforderungen an das Verhalten empirisch zu ermittelnder Personen bzw. Personengruppen; die Urteilsanalyse hat aber zunächst deutlich gemacht, daß insgesamt vier benachbarte Problemlagen mit vergleichbaren Schwierigkeiten unterschieden werden können.

1.1. Die Richter stellen einmal auf empirisch erfaßbare übliche Verhaltensweisen empirisch zu ermittelnder Personengruppen ab.

Z.B. NJW 73,1085: Unter Ehegatten im - gut gestellten - Lebenskreis, dem die Beklagte und ihr Ehemann (Architekt) angehören, ist es jedoch im allgemeinen unüblich, daß die Ehefrau das Quartier für einen gemeinsamen Urlaub im häuslichen Wirkungskreis mit unmittelbarer Wirkung für und gegen den Ehemann bestellt, ob er im Einzelfall mit dieser Quartierbestellung einverstanden ist oder nicht.

1.2. Die Problematik verschiebt sich, wenn die Richter das faktische Verhalten empirisch nicht erfaßbarer Personengruppen heranziehen.

Z.B. NJW 73,1126: Maßgeblich ist jedoch nicht, ob die sich den AGB unterwerfende Vertragspartei im Einzelfall von einer Klausel überrascht worden ist, sondern ob ein billig und gerecht denkender Mensch, also ein aufgeschlossener, mündiger Staatsbürger, mit einer solchen Klausel rechnen würde ...

1.3. Eine weitere Variante ergibt sich dann, wenn die Richter normative Maßstäbe für das Verhalten empirisch zu ermittelnder Personengruppen aufstellen (Standards).

Z.B. BGHZ 20,167 f: Es würde den Anforderungen eines billigen Ausgleichs zwischen den beiderseitigen Belangen der Parteien im Geschäftsverkehr widersprechen, wenn sich der Spediteur auch für die Fälle auf die Haftungsbeschränkung des § 54 Absa Nr 2 ADSp berufen könnte, in denen die nach den Umständen des Falles gebotenen Sorgfaltspflichten hinsichtlich des Beförderungsgutes in gröblicher Weise seitens eines leitenden Angestellten des Spediteurs oder durch ihn selbst verletzt worden sind.

1.4. Schließlich rekurren die Richter auf empirisch nicht erfaßbares Verhalten von empirisch nicht zu ermittelnden Personengruppen.

Z.B. BGHZ 40,337 f: Was das Ausmaß der gebotenen Anpassung anlangt, so hat sich die Erhöhung der Gegenleistung des Antragsgegners auszurichten nach dem inneren Sinn und Zweck des Vertrages vom 12. Dezember 1952 unter Berücksichtigung aller wesentlichen Umstände des gegebenen Sachverhaltes ...; mit anderen Worten: Es muß eine Regelung Platz greifen, die redlich denkende Parteien verständigerweise vereinbart hätten, wenn sie die jetzt eingetretene Lage bereits beim Vertragsschluß berücksichtigt hätten ...

2. Es bedarf keiner Darlegung, daß diese verschiedenartigen Problemkreise jeweils unterschiedliche Vorgehensweisen der Richter erfordern.

2.1. In Fällen zu Ziffer 1.1. müßten die Richter zunächst auf Methoden der empirischen Sozialforschung zurückgreifen; die Frage der Entscheidung NJW 1973, S. 1085, was in einem gesellschaftlichen Bereich, dem bestimmte Ehegatten angehören, allgemein üblich ist, kann allein mithilfe demoskopischer Umfragen ermittelt werden.

Ganz anders dagegen NJW 73,1085,1086: Auch wenn dieser ursprüngliche Wirkungskreis der Ehefrau entsprechend den heutigen tatsächlichen Verhältnissen weiter verstanden werden muß und keineswegs auf die eigentliche Haushaltsführung zu beschränken ist ..., so umgreift er jedoch

jedenfalls keine Rechtsgeschäfte, die nach bestehender Sitte und Anschauung des Lebenskreises, dem die Ehegatten angehören, stets einer gemeinsamen Erörterung und Einzelabsprache der Ehegatten bedürfen.

Die 'Rücksprachepflicht' der Ehefrau, und demzufolge ein Rechtsgeschäft außerhalb der Schlüsselgewalt, ist nicht nur bei größerer wirtschaftlicher Bedeutung und Tragweite des Geschäfts gegeben ..., sondern auch, wenn das Geschäft persönliche oder sonstige gewichtige Gründe berührt, die für die Einwilligungsbereitschaft des Ehemanns von ausschlaggebender Bedeutung sind.

Vorliegend mag die Beklagte die Anmietung des Appartements zwar noch innerhalb des finanziellen Spielraums vorgenommen haben, der Ehefrauen ihres Lebenskreises vom Ehepartner üblicherweise eingeräumt wird; die Planung und Gestaltung des gemeinsamen Urlaubs, die mit der Quartierbestellung verbunden ist, berührt jedoch vielfältige höchstpersönliche und aufeinander abzustimmende Entscheidungen beider Ehegatten. Diese Entscheidungen kann die Ehefrau nach der auch in bessergestellten Lebenskreisen vorherrschenden Auffassung nicht einfach über den Kopf des Mannes hinweg (!) mit ihm nach außen bindender Wirkung allein treffen.

Besonders fragwürdig für die Ermittlung einer Verkehrssitte (wobei noch offen ist, ob die Verkehrssitte eine empirische oder normative Kategorie darstellt):

BGHZ 11,24 f: Es widerspricht der Verkehrssitte, Grundstücksübereignungsverträge abzuschließen, bei denen schon von vornherein der Erwerber das Risiko eines nicht rechtmäßigen Erwerbs trägt und er somit die Gefahr läuft, das hierfür aufgewandte Entgelt in vollem Umfange zu verlieren (vgl. LG Braunschweig RzW 1952,212/213).

In der zitierten Entscheidung des LG Braunschweig findet sich im übrigen überhaupt kein Anhaltspunkt für die sachgerechte Ermittlung einer Verkehrssitte.

Ebenso zweifelhaft OLGZ 68,391: Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn bei einer laufenden Geschäftsverbindung der Lieferant stets in seinen Rechnungen auf seine Lieferungsbedingungen verweist und der Käufer davon Kenntnis nimmt. Der Käufer kann und muß hieraus entnehmen, daß der Verkäufer seine Verträge auf der Grundlage seiner Geschäftsbedingungen abschließen will, und er muß deshalb, wenn er damit nicht einverstanden ist, widersprechen. Unterläßt er den Widerspruch, so bringt er damit - nach Treu und Glauben und entsprechend kaufmännischer Verkehrssitte - stillschweigend zum Ausdruck, daß er sich dem Willen seines Vertragsgegners fügt. Diese Auffassung, die das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung abgelehnt hatte ..., wird auch vom Bundesgerichtshof ver-

treten (vgl. BGH NJW 1964, 1788, 1789 ...; ebenso OLG Düsseldorf BB 1960, 422 ...).

Diese Entscheidung verdeckt also das eigenständige normative Urteil hinter einer scheinbar empirischen Behauptung. Anders dagegen die zitierte Entscheidung OLG Düsseldorf BB 1960, S. 422: Unter Kaufleuten muß man verlangen, daß der Gegner widerspricht, wenn ihm auf Grund mehrfacher Hinweise in aufeinander folgenden Rechnungen bekannt ist, daß der Geschäftspartner den Verträgen, die er abschließt, seine Bedingungen zugrunde legen will.

Wieder anders die angeführte Entscheidung BGH NJW 1964, S. 1788, 1789: Die Annahme des Berufungsgerichts, im Verkehr zwischen einem Produzenten und einem Großhändler ... unterwerfe sich der Großhändler den branchenüblichen Bedingungen des Lieferanten, zumal wenn im laufenden Geschäftsverkehr Rechnungen auf den Eigentumsvorbehalt verweisen, ist eine mögliche und rechtsirrtumsfreie Würdigung.

Instruktiv auch die Entscheidung NJW 1973, S. 2290, die die Fragen nach dem Bestehen einer Verkehrssitte und den Möglichkeiten deren Veränderung zu beantworten hatte.

NJW 73, 2291: Art und Umfang des Rechtes des Mieters zum Gebrauch der Mietsache bestimmen sich nach dem Mietvertrag und mangels ins einzelne gehender Vereinbarungen über das Gebrauchsrecht nach dem Gesetz und der Verkehrssitte. Ins Detail gehende Vereinbarungen über den Umfang des Gebrauchsrechts haben die Parteien offenbar nicht getroffen. Es ist deshalb davon auszugehen, daß den Beklagten die verkehrsüblichen Gebrauchsrechte eingeräumt sind. Es ist indessen in einem Mietwohnhaus unüblich und damit vom Gebrauchsrecht des Mieters nicht gedeckt, die Fensterflächen, insbesondere an der zur Straße gelegenen Hausseite ganz oder teilweise mit Plakaten irgendeiner Art zu verhängen oder zu bekleben. Eine gegenteilige Verkehrssitte hat sich, auch was das Anbringen von Wahlreklame betrifft, nicht entwickelt. Zwar ist es im letzten Wahlkampf bei verstärktem Engagement der Wähler in einzelnen Fällen auch zum Aushang von Wahlplakaten in Fenstern gekommen. Diese vereinzelt Fälle, die im übrigen Widerstand hervorgerufen haben sollen (!), haben eine Änderung der Verkehrssitte nicht herbeiführen können.

Vgl. schließlich BGHZ 12, 305.

2.2. Der Versuch, die selbständige Entscheidung hinter scheinbar empirischen Behauptungen zu verdecken, wird insbesondere sichtbar, wenn empirisch nicht zu ermittelnden Personengruppen ein faktisches (Normal-)Verhalten zugeschrieben wird.

So bereits im Beispiel NJW 73,1126: Womit rechnet der mündige, aufgeschlossene Staatsbürger?

Ebenso BGHZ 32,92: Wann kann sich ein "redlich Denker" einer bestimmten Überzeugung nicht mehr verschließen?

BGHZ 33,218: Welches ist der Wille "verständiger und redlich (gedachter) Vertragspartner"?

BGHZ 39,159: Welche Sorgfalt wendet "ein verständiger Mensch nach der Verkehrsauffassung im eigenen Interesse" auf?

BGHZ 41,154 f: Was erscheint billig und gerecht denkenden Menschen als angemessen?

Wenn somit die Rechtsprechung zur Frage der Überraschungsklausel bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Ansicht ist, "der Unterwerfungswille des anderen Teils ... (beziehe) sich aber ... nur auf solche Bedingungen, mit deren Aufstellung er billiger- und gerechterweise rechnen" könne (BGHZ 33,219), so kann diese Aussage wie folgt umformuliert werden: Billiger- und gerechterweise braucht man mit solchen Klauseln nicht zu rechnen, die die Gerichte für unbillig halten.

2.3. Zur Diskussion steht damit das Problem der Standards. In diesem Zusammenhang vermag insbesondere die bekannte Entscheidung zum Mißbrauch der Prokura (BGHZ 50,112 mit dem Leitsatz: Auf die Unbeschränkbarkeit des Umfangs der Prokura kann sich der Dritte nicht berufen, wenn der Prokurist bewußt zum Nachteil des Geschäftsinhabers gehandelt hat und der Dritte dies bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erken-

nen mußte) aufzuzeigen, in welcher Art und Weise Richter diese normativen Anforderungen an ein Verhalten aufbauen.

In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt hatten zwei Prokuristen bewußt zum Nachteil ihres Geschäftsherrn gehandelt, indem sie bankwidrige Überweisungsaufträge und vordatierte Schecks im Millionenumfang mit Garantieerklärungen für zweifelhafte Kunden versahen, die schließlich zur Zeichnung von Wechseln führten, deren legitimierter Inhaber der Kläger, "ein Privatbankier in Berlin", war. Der BGH stand dabei vor der Notwendigkeit, sowohl die Sorgfaltspflichten des Bankiers als auch die des Geschäftsherrn zu bestimmen; er führt dazu aus:

BGHZ 50,114 f: Der Kläger mußte dies auch bei Anwendung der im Bankverkehr erforderlichen Sorgfalt erkennen. Das Vorbringen des Klägers führt im vorliegenden Falle zu einer weiteren Einschränkung. Der Schutz des Vertretenen muß ganz oder teilweise ... entfallen, wenn der Vertragsgegner dartun kann, daß es zu dem Mißbrauch der Vertretungsmacht nur deshalb kommen konnte, weil der Vertretene die gebotene Kontrolle des Vertreters unterlassen hat. Es kann nach Treu und Glauben nicht zugelassen werden, daß die sich aus einem Vollmachtsmißbrauch ergebenden Nachteile ganz dem Vertragsgegner auch dann zur Last fallen, wenn der Vertretene die Gebote des eigenen Interesses im Rechtsverkehr außer acht gelassen hat, indem er die ihm zuzumutenden Kontrollmaßnahmen gegenüber seinen Vertretern unterlassen hat. Der Rechtsgedanke des § 254 BGB, der nur eine besondere Ausprägung des Gedankens von Treu und Glauben ist, muß dazu führen, die nachteiligen Folgen des Geschäfts in einem solchen Fall auf den Vertretenen und den Vertragsgegner nach Maßgabe des auf jeder Seite obwaltenden Verschuldens zu verteilen. Die Ansprüche aus dem Geschäft gegen den Vertretenen sind daher ggfs. nur zu einem bestimmten Bruchteil für begründet zu erachten. Dabei wird zu beachten sein, daß derjenige, der mit einem Vertreter handelt, dessen Gebahren den dringenden Verdacht der Vollmachtswidrigkeit ergibt, durch Abstandnahme vom Geschäft oder Rückfrage beim Vertretenen dessen Gefährdung oder Schädigung verhüten kann. Unter Umständen kann aber auch ein beachtlicher Vorwurf gegen den Vertretenen zu erheben sein, der Anlaß gehabt hätte, gegen seinen Vertreter einzuschreiten.

Diese Darlegungen in bezug auf die Rückfragepflicht des Vertragsgegners und die Kontrollpflicht des Geschäftsherrn scheinen folgende Schlußfolgerung zu ermöglichen: Die tragenden Vernünftigkeit- bzw. Gerechtigkeitserwägungen dieser Entscheidung mit starkem Gerechtigkeitsgehalt ("es kann nach Treu und Glauben nicht zugelassen werden, daß die sich aus einem Vollmachtsmißbrauch ergebenden Nachteile ganz dem Vertragsgegner... zur Last fallen") führen dazu, daß an das Verhalten der Beteiligten bestimmte Anforderungen zu stellen sind, um zu einem sachgerechten Interessenausgleich zu gelangen.

Ebenso BGHZ 20,169: Wenn das Berufungsgericht in diesem Verhalten des leitenden Angestellten ... einen größten Verstoß gegen die Sorgfaltspflichten eines Spediteurs erblickt hat, so ist das rechtlich nicht angreifbar. ... Die Aushändigung der Warenbegleitpapiere an den Fernfahrer war... nicht sorgfältig vorbereitet, da der Warenbegleitschein fehlte und K. nicht richtig dahin unterrichtet war, daß die Papiere einzeln dem Fernfahrer auszuhändigen und mit diesem durchgesehen werden mußten. Dies war bei der erhöhten Gefahr einer Beschlagnahme des Beförderungsgutes an der Zonengrenze unbedingt erforderlich.

Vgl. auch OLGZ 70,131 (mit der Gerechtigkeitserwägung: Bei dieser Situation erscheint es treuwidrig ...): Die Klägerin setzte ihr Kapital in Gestalt der zu verkaufenden Waren, der Beklagte seine Arbeitskraft und seine Kundenbeziehungen ein. Eine solche Interessengemeinschaft verpflichtet die Beteiligten, sich zur Beseitigung von Hindernissen und Ausräumung von Benachteiligungen des einen durch den anderen zusammenzufinden, solange Sinn und Zweck des gleichgerichteten Interesses das verlangen Das Interesse verlangt hier ...

Insgesamt dürften diese - allerdings nur wenigen - Entscheidungen bereits deutlich machen, daß globale Handlungsanweisungen für den Aufbau normativer Anforderungen an bestimmte Verhaltensweisen kaum aufgespürt werden können; es wird darauf ankommen, im Einzelfall zu einem sachgerechten Interessenausgleich zu kommen und schutzwürdige Interessen angemessen zu berücksichtigen.

Wenn daher Flume (Das Rechtsgeschäft², S. 790) zur bereits erörterten Frage des Mißbrauchs der Vertretungs-

macht ausführt: "Entscheidend ist vielmehr nur, ob der Mißbrauch für ihn (den Vertragsgegner) evident ist. Der Mißbrauch ist evident, wenn ... das Handeln des Vertreters doch so fragwürdig erscheint, daß ein 'reasonable man' sich auf das Geschäft nicht einlassen würde", so könnte diese Begründung vielleicht dahin umformuliert werden: Es kommt nicht darauf an, wie sich der "reasonable man" verhält, sondern welches Verhalten der "reasonable judge" für geboten hält.

Schließlich kann in diesem Zusammenhang der vorsichtige Versuch unternommen werden, die Frage zu beantworten, was es mit der "normativen Rückbindung des richterlichen Maßstabs an die positive Resonanz" auf sich hat, "die dieser im Umweltbewußtsein finden kann". Zumindest in den hier ermittelten Urteilen stand ein derartig schmaler Teilbereich von Verhaltensweisen außerordentlich kleiner gesellschaftlicher Gruppen zur Entscheidung an, daß bereits von daher zweifelhaft ist, wie es überhaupt zu Resonanzen kommen sollte. Die Beteiligten Kreise werden wahrscheinlich nichts anderes tun, als sich auf die normativen Anforderungen einzustellen; wie weit dies mit allgemeinem Kopfschütteln über die richterliche Weltfremdheit erfolgt, dürfte zumindest den Instanzrichtern verborgen bleiben.

2.4. In der Entscheidung BGHZ 40,334 hatte der BGH schließlich also die Regelung zu bestimmen, "die redlich denkende Parteien verständigerweise vereinbart hätten". Der BGH führt aus:

BGHZ 40,337: Was das Ausmaß der gebotenen Anpassung anlangt, so hat sich die Erhöhung der Gegenleistung des Antragsgegners auszurichten nach dem inneren Sinn und Zweck des Vertrages vom 12. Dezember 1952 unter Berücksichtigung aller wesentlichen Umstände des gegebenen Sachverhaltes (BGH LM BGB § 779 Nr. 2); mit

anderen Worten: Es muß eine Regelung Platz greifen, die redlich denkende Parteien verständigerweise vereinbart hätten, wenn sie die jetzt eingetretene Lage bereits beim Vertragsschluß berücksichtigt hätten (Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 2. Aufl. S.170 II). Nicht zu beanstanden ist, wenn das Beschwerdegericht der Antragstellerin neben der fortlaufenden Rente einen Abfindungsbetrag zuerkannt hat. Eine solche Regelung hätte bei Abschluß des Vertrages durchaus nahe gelegen.

Diese Ausführungen bedürfen keiner Kommentierung; das gänzliche Fehlen eines konkretisierenden Schrittes von der so bestimmten Regelung zu einem Abfindungsbetrag spricht für sich. Gerade hinter diesem Abfindungsbetrag dürfte weniger die Annahme einer Regelung, die redlich denkende Parteien vereinbart hätten, stehen als vielmehr die Vorstellung eines iustum pretium.

3. Für den Gesamtzusammenhang bleiben als kritische Ansatzpunkte festzuhalten: Empirische Fragen (was ist in Architektenfamilien üblich) werden noch nicht einmal nach eigener Lebenserfahrung beurteilt, sondern auf eine normative Ebene hochgeschleust und dort normativ entschieden (es geht nicht an, daß eine Frau so etwas über den Kopf des Mannes hinweg entscheidet); normative, eigenständige Entscheidungen werden hinter scheinbar empirischen Annahmen verdeckt; und zweifelhaft könnte insgesamt möglicherweise sogar sein, ob bei den Richtern überhaupt Klarheit darüber besteht, wie weit sie in ihren Entscheidungen normative und empirische Aspekte ununterscheidbar miteinander vermengen.

4.20. TATSACHEN

Die Problematik des Rekurses auf Fakten wurde bereits im Zusammenhang mit den Folgenerwägungen, der Interessenabwägung, dem Argument aus dem Zweck des Gesetzes und zuletzt den Standards angeschnitten. An dieser Stelle

soll es daher allein um die erstaunliche Vielzahl von Erfahrungssätzen gehen, von denen die Richter ihre Entscheidungen in irgendeiner Form immer wieder abhängig machen. Wie angekündigt, sollen also diese richterlichen Erfahrungssätze einmal dargestellt, und es soll dann überlegt werden, welche dieser Sätze sozialwissenschaftlicher Kritik möglicherweise nicht standhalten könnten. Anzumerken ist noch, daß es natürlich nicht möglich wäre, sämtliche von den Richtern herangezogenen Erfahrungssätze darzustellen, vielmehr mußte eine Auswahl nach Zufälligkeitskriterien getroffen werden.

1. NJW 73,1619: ... erfahrungsgemäß neigt jedoch das rechtsuchende Publikum bei weit entferntem Gerichtsstand eher zur Hinnahme der geltendgemachten Ansprüche.

2. OLGZ 69,148: Da ein als Vertreter Abschließender, wenn nicht besondere Umstände vorliegen, gar nicht auf den Gedanken kommen kann, daß auf der Rückseite abgedruckte Bedingungen nicht den Vertretenen, sondern ihn persönlich verpflichten, kann der Unterschrift nicht die Bedeutung beigemessen werden, der Vertreter habe auch eine solche Bestimmung gekannt und in seinen Willen aufgenommen ...

3. BGHZ 5,115: Allgemeine Vertragsbedingungen dieser Art beruhen nicht immer auf einer einwandfreien rechtlichen Durcharbeitung ...

4. BGHZ 7,202: Ein Beweis des ersten Anscheins für schuldhaft falsche Anwendung der Instrumente würde sich aus diesen Umständen nur dann herleiten lassen, wenn ein allgemeiner Erfahrungssatz bestünde, daß ein Arzt, der v o r oder n a c h einer Operation seine Sorgfaltspflicht verletzt, auch die b e i der Operation eingetretenen Mißerfolge durch sein Verschulden herbeigeführt hat. Ein solcher Erfahrungssatz läßt sich jedoch entgegen der Meinung der Kläger nicht aufstellen. c) Dagegen ist es an sich möglich, ein solches an einer Stelle festgestelltes Verschulden als Beweis a n z e i - c h e n dafür zu verwerten, daß der Arzt auch bei der Operation selbst nicht sorgfältig vorgegangen ist.

5. BGHZ 9,163: Bei der Aktiengesellschaft liegen die Dinge anders; bei ihr ist die gesellschaftliche Bindung kapitalbedingter als bei der GmbH, die Aktie ist leichter verwertbar als der Geschäftsanteil, die Persönlichkeit der Gesellschafter spielt eine geringere Rolle und das gesellschaftliche Verhältnis erfordert kein solches

Vertrauensverhältnis wie dies vielfach bei der GmbH der Fall ist.

6. BGHZ 13,47: Anders kann es aber sein, wenn für den Verkaufswert feste Höchstpreise bestimmt und wenn die betreffenden Gegenstände knapp sind oder von ihren Eigentümern festgehalten werden und daher auf dem freien Markt überhaupt nicht oder doch kaum zu haben sind. Es entspricht dann der allgemeinen Verkehrsanschauung, daß der innere Wert des Gegenstandes höher ist, als es durch den Höchstpreis ausgedrückt wird. Darauf beruht es gerade, daß die betreffenden Gegenstände festgehalten und nicht veräußert werden.

7. BGHZ 16,266: Es steht also in Obereinstimmung mit dem Gesetz und den Erfahrungen des Lebens, daß jemand einen Auftrag deshalb annimmt, sich also zu einer unentgeltlichen Leistung deshalb verpflichtet, weil seine eigenen Interessen durch die Ausführung des Auftrages gefördert werden.

8. BGHZ 17,19: Eine Haftung kraft Rechtsscheins greift grundsätzlich nur dort ein, wo die Verkehrssicherheit einen solchen Vertrauensschutz erfordert. Ein solches Schutzbedürfnis ist im allgemeinen nur gegeben, wenn die Kundgebungen, die den Rechtsschein erzeugten, für das rechtsgeschäftliche Handeln desjenigen, der ihnen vertraute, bestimmend waren. Ob diese Voraussetzung gegeben ist, hat zu beweisen, wer sich auf den Rechtsschein als Haftungsgrundlage beruft. Die Anforderungen an die Beweisspflicht dürfen aber insoweit nicht überspannt werden. Es ist vielmehr nach den Erfahrungen des täglichen Lebens in der Regel naheliegend anzunehmen, daß das Rechtsgeschäft im Vertrauen auf den Rechtsschein abgeschlossen worden ist.

9. BGHZ 22,382: Es ist eine allgemeine Erfahrungstatsache, daß sich für einen leitenden Angestellten wie den Kläger die Aussichten auf eine angemessene, seiner akademischen Vorbildung, seinen beruflichen Erfahrungen und seiner bisherigen Tätigkeit entsprechende Zukunftssicherung erheblich verschlechtern, wenn er im Alter von nahezu 50 Jahren entlassen wird.

10. BGHZ 23,201 f: Es liegt im Wesen des Streites, daß dabei entgegengesetzte und einander ausschließende Auffassungen mit Heftigkeit aufeinanderstoßen. Wer streitet, verliert aber nicht selten den klaren Blick für die streitigen Tatsachen und Vorgänge. Die Erinnerungsbilder der an einem Streit Beteiligten verschieben sich mehr oder weniger unbewußt. Jeder von ihnen steigert sich im Verlauf der Auseinandersetzung in eine einseitige Betrachtungsweise und in das Gefühl der alleinigen Richtigkeit des eigenen Standpunktes hinein. Dabei kann es naturgemäß nicht ausbleiben, daß die streitenden einander

wechselseitig Abweichungen von der Wahrheit zum Vorwurf machen. Hält man sich diese Erfahrungstatsache vor Augen, dann erscheint es bedenklich ...

11. BGHZ 32,286 f: In einer mehr beiläufigen Bemerkung billigt das Berufungsgericht die Auffassung des Landgerichts, daß es sich hier um Kosten handele, die der Klägerin auf Grund ihres Betriebsrisikos erwachsen seien und die sie bei der Tarifgestaltung berücksichtigt und damit auf den Fahrgast abgewälzt habe. Die Klägerin hat dies im Berufungsverfahren jedoch ausdrücklich bestritten. Die Darlegungen der Parteien bieten keinen Anhalt für die Annahme, daß sich die Klägerin wegen des Aufwandes für die Reservefahrzeuge bereits anderweitig bezahlt gemacht habe und die Verfolgung der vorliegenden Ansprüche ihr zu einer ungerechtfertigten Bereicherung verhelfen würde.

12. BGHZ 33,297 f: Es ist eine Erfahrungstatsache, daß beim finanzierten Ratenkauf, jedenfalls soweit es sich um die für Ratenkäufe von Hausratgegenständen typischen geschäftlich unerfahrenen Käuferschichten handelt, die zu unterzeichnenden Formulare mit ihrem umfangreichen, meist klein gedruckten Text von den Käufern vielfach überhaupt nicht oder nur oberflächlich gelesen werden. Das hängt damit zusammen, daß die verwickelten, rechtlich bis ins letzte ausgeklügelten Verkaufs- und Darlehensbedingungen von diesem Personenkreis nur schwer oder gar nicht verstanden werden können. Es ist weiter eine Erfahrungstatsache, daß viele unerfahrene und rechtlich ungeschulte Käufer, auch wenn sie erkennen, daß ein Finanzierungsinstitut eingeschaltet ist, doch nicht das sich daraus für sie ergebende rechtliche Risiko erfassen, das sie nämlich u.U. zahlen sollen, auch wenn sie keine Ware erhalten haben und erhalten werden. Die Käufer mögen in solchen Fällen zwar wissen, daß sie nicht an den Verkäufer, sondern an eine Bank zu zahlen haben. Sie nehmen aber trotzdem als selbstverständlich an, daß sie nicht zu zahlen brauchen, wenn überhaupt nicht geliefert wird. Der enge wirtschaftliche Zusammenhang zwischen Kauf- und Darlehen verleitet sie zu diesem rechtlichen Fehlschluß. Ihnen fehlt jedes Verständnis dafür, daß sie verpflichtet sein könnten, an die Bank zu zahlen, auch wenn sie keine Ware erhalten.

13. BGHZ 34,360: Wird von dem praktisch wichtigsten Anwendungsfall, der Beförderung durch einen fahruntüchtigen Kraftfahrer, ausgegangen, so widerspricht die Annahme, der die Fahrtüchtigkeit des Führers kennende Fahrgast willige in die ihm auf der Fahrt möglicherweise treffenden Körperverletzungen ein, offenbar der Wirklichkeit.

14. BGHZ 42,132: Es ist für einen Hersteller von Geräten, deren Vertrieb mindestens zu einem nicht völlig unerheblichen Teil an Käuferkreise erfolgt, die das Gerät nicht

zu Rechtsverletzungen benutzen wollen, nicht zumutbar, zugunsten eines anderen die tatsächliche Möglichkeit eines zivilrechtlichen und möglicherweise auch strafprozessualen Vorgehens gegen seine Kunden zu schaffen. Der begreifliche Unwille der Abnehmer würde sich in diesem Falle selbst dann auch gegen die Beklagte richten, wenn diese auf Grund eines gerichtlichen Urteils zu ihrem Vorgehen gezwungen wäre.

15. BGHZ 47,239: Der Klägerin, die die Teilzahlungsfiananzierung gewerbsmäßig betreibt, mußte die Erfahrungstatsache bekannt sein, daß die Abzahlungskäufer in der Regel das besondere rechtliche Risiko, das sich für sie aus der Einschaltung eines Finanzierungsinstituts ergibt ... nicht erfassen ...

Selbst wenn noch einmal zuzugeben ist, daß die Basis für eine mögliche Schlußfolgerung außerordentlich gering ist, so dürfte doch deutlich geworden sein: Ein geringes Niveau kann nicht ernstlich behauptet werden; sozialwissenschaftliche Untersuchungen kosten bekanntlich Zeit und Geld (wieweit sie exakte Ergebnisse aufweisen können, mag dahingestellt bleiben). Für keine der von den Richtern herangezogenen Erfahrungstatsachen wäre es m.E. sinnvoll gewesen, umfangreiche Untersuchungen in Auftrag zu geben.

Das gilt - nur am Rande - insbesondere für die Entscheidung BGHZ 7,272: Wenn das Gebäude aber nicht mehr da ist, entsteht es von selbst nicht mehr.

4.21. GERECHTIGKEITSERWÄGUNGEN

1. Es ist offenbar nicht ganz einfach, im Einzelfall global zu bestimmen, was das Billige und Gerechte bez. das Sittenwidrige ist.

Vgl. z.B. NJW 73,706: Bei einer abweichenden Regelung der allgemeinen Vertragsbedingungen müssen demnach Gründe vorliegen, die für die von ihnen zu regelnden Fälle das dem positiven Recht zugrunde liegende Gerechtigkeitsgebot in Frage stellen und eine abweichende Regelung als mit Recht und Billigkeit vereinbar erscheinen lassen (BGH aaO).

Unter diesem Gesichtspunkt hat auch der Amtsrichter zu Recht die Geschäftsbedingungen der Klägerin überprüft. Im Ergebnis kann ihm jedoch nicht gefolgt werden.

Oder auch BGHZ 16,272: Es würde jeder Billigkeit zuwider laufen, wenn der Beklagte aus der Tatsache, daß er die Interessenlage des L. für seine eigenen Interessen ausnutzte und sich eine unentgeltliche Arbeitskraft sicherte, auch noch die Freistellung von den sozialen Verpflichtungen gegenüber seinem Arbeitnehmer herleiten würde.

Dazu Jensen U., Zur Anwendung der §§ 618,619 BGB auf den Auftrag, JR 1956, S. 214: Ist man nicht mit dem Gefühl eher geneigt zu sagen, der ... (L) hätte selbst aufpassen sollen, zumal er Handwerker war und vermutlich nicht weniger vertraut ist mit den Gefahren der Bergung als der ... (Beklagte)?

2. In neuerer Zeit wird nun den Richtern empfohlen, die Frage nach dem Gerechten und Billigen mithilfe von Folgenerwägungen zu beantworten. Dazu ist an dieser Stelle nur noch zu bemerken: Dieses Ratschlages hätten die Richter offensichtlich nicht bedurft.

Vgl. z.B. nur:

BGHZ 41,154 f: Soweit Vorschriften des dispositiven Rechtes ihre Entstehung nicht nur Zweckmäßigkeitserwägungen, sondern einem aus der Natur der Sache sich ergebenden Gerechtigkeitsgebot verdanken, müssen bei einer abweichenden Regelung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen Gründe vorliegen, die für die von ihnen zu regelnden Fälle das dem dispositiven Recht zugrunde liegende Gerechtigkeitsgebot in Frage stellen und eine abweichende Regelung als mit Recht und Billigkeit vereinbar erscheinen lassen. ... Die Bedürfnisse des redlichen Geschäftsverkehrs, der sich unter der Herrschaft von Allgemeinen Geschäftsbedingungen abspielen soll, verlangen, daß diese Bedingungen sich im Rahmen dessen halten, was billig und gerecht denkende Menschen als angemessen erscheint. Bei der in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom Gesetz abweichend geregelten Beweislastverteilung kann aber nicht mehr als angemessen angesehen werden, wenn dem sich den Bedingungen unterwerfenden Vertragspartner die Beweislast für Umstände aufgebürdet wird, die im Verantwortungsbereich der die Bedingungen aufstellenden Vertragspartei liegen. Bei der nicht selten prozeßentscheidenden Bedeutung, die einem non liquet zukommt, würde der Geschädigte Einlagerer oft praktisch rechtlos werden ...

BGHZ 30,207: Die Unbilligkeit einer derartigen Lösung liegt darin, daß sie bei mehreren Tatbeteiligten jeden Beklagten das Ausgleichs-(Insolvent-)risiko für die übrigen Nebentäter tragen läßt, dagegen den in gleicher Weise oder gar überwiegend schuldigen Kläger von diesem Risiko völlig freistellt.

BGHZ 12,343,344 f: ... es kommt darauf an, was heute unter Abwägung der Interessen beider Parteien als billig und gerecht zu gelten hat. ... Hier würde die Zusicherung eines Ruhegehaltes, das von der Grundlage des vom Kläger zuletzt erreichten hohen Gehalts nach der Reichsbesoldungsgruppe B 8 ausgeht, auch dann, wenn es wegen der vorhandenen Erwerbsfähigkeit des Klägers um die Hälfte gekürzt würde, in Wahrheit doch nichts anderes sein als die Sicherung eines Teils der Vorteile, über die Herrschaft des Nationalsozialismus hinaus, die dem Kläger wegen seiner Verbindung mit dem Nationalsozialismus zugeflossen waren.

Ebenso BGHZ 43,78; 47,273; 44,311; 38,186; 32,101.

4.22. NATUR DER SACHE

Es kann an dieser Stelle nicht mehr erwartet werden, daß Richter der Versuchung erliegen würden, mit einem wie auch immer bestimmten Sosein der Dinge eine normative Entscheidung zu rechtfertigen; das ist auch nicht der Fall.

Im einzelnen gilt folgendes:

1. Bemerkenswert erscheint zunächst, wie der BGH eine klassische Natur-der-Sache-Argumentation des Reichsgerichts aufnimmt.

RGZ 106,275 f; Man darf aber, um zu einer befriedigenden Lösung des Streites zu gelangen, überhaupt nicht von den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs ausgehen, muß vielmehr die sozialen Verhältnisse ins Auge fassen, wie sie sich seitdem entwickelt und in der Gesetzgebung der neuesten Zeit auch ausdrückliche Anerkennung gefunden haben. Das Bürgerliche Gesetzbuch trägt sozialen Rücksichten vielfach Rechnung, und das trifft namentlich auch für das Recht des Dienstvertrages ... zu. Immer aber wird dabei nur das Rechtsverhältnis jedes einzelnen Dienstpflichtigen zum Dienstberechtigten betrachtet. Das Bürgerliche Gesetz-

buch steht also, den Verhältnissen seiner Entstehungszeit entsprechend, auf einem individualistischen Standpunkt. Inzwischen hat aber der Gedanke der sozialen Arbeits- und Betriebsgemeinschaft Ausbreitung und Anerkennung gefunden, der das Verhältnis zwischen dem Arbeitgeber und den Arbeitnehmern, wenigstens bei größeren Betrieben der hier vorliegenden Art, beherrscht. Von diesem Gedanken und damit von den tatsächlichen sozialen Verhältnissen aus (!) ergibt sich auch die Lösung im Sinne der Klägerin. ... Der Betrieb aber und seine Erträgnisse bilden wiederum die Grundlage für die Lohnzahlungen. Ist also der einzelne Arbeiter ein Glied der Arbeiterschaft und der zwischen dieser und dem Unternehmer bestehenden, die Grundlage des Betriebes bildenden Arbeitsgemeinschaft, dann ist es selbstverständlich (!), daß, wenn infolge von Handlungen der Arbeiterschaft der Betrieb stillgelegt wird und die Betriebseinnahmen versiegen, es dem Unternehmer nicht zugemutet werden kann, für die Lohnzahlungen aus anderen Mitteln zu sorgen. Das muß auch für den hier vorliegenden Fall gelten wollte man anders entscheiden, so würden sich unmögliche Zustände ergeben. Es könnte sein, daß nur ein kleiner Teil der Arbeiterschaft mit einer für die Fortführung des Betriebes unentbehrlichen Tätigkeit durch den Streik den gesamten Betrieb stilllegte und der Unternehmer allen anderen Arbeitern den Lohn auszahlen müßte, obwohl diese nur deshalb nicht arbeiten können, weil ihre Genossen nicht arbeiten. Dies ist mit dem Gedanken der Arbeitsgemeinschaft als Grundlage des Betriebes nicht vereinbar. Dieses aus den sozialen Verhältnissen gewonnene Ergebnis (!) läßt sich aber auch ohne Schwierigkeiten den Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuchs einfügen.

Dagegen allein noch BGHZ 10,191: Auch das Reichsgericht hat ausgesprochen, daß man, um zu einer befriedigenden Lösung von Arbeitsstreitigkeiten zu gelangen, ... die sozialen Verhältnisse ins Auge fassen müsse, wie sie sich seit Inkrafttreten des BGB entwickelt und in der Gesetzgebung ausdrückliche Anerkennung gefunden haben...

Allerdings dürfte bei genauem Hinsehen deutlich werden, daß das Reichsgericht trotz der Formulierung, man habe das Ergebnis aus den sozialen Verhältnissen gewonnen, die Entscheidung allein unter Berücksichtigung der sozialen Verhältnisse getroffen hat.

Dieser Umstand stellt allerdings wiederum eine Selbstverständlichkeit dar:

BGHZ 21,334: Der Senat vermag sich in Anwendung auf den vorliegenden Fall der grundsätzlichen Berechtigung solcher Betrachtungsweise nicht zu verschließen. Ohne den Gegeben-

heiten des Lebens im heutigen Massenverkehr anzutun, führt
sde zu einem Ergebnis, das der Erscheinung eines solchen
typischen menschlichen Verhaltens in sinnvoller Weise
entspricht.

Ebenso BGHZ 26,33: Vielmehr müßten die juristische Person
und ihr alleiniger Gesellschafter dann als Einheit be-
handelt werden, wenn die Wirklichkeit des Lebens, die
wirtschaftlichen Bedürfnisse und die Macht der Tatsachen
es dem Richter gebieten ...

Vgl. auch zum Ausgangsfall BGHZ 23,305: Wie Hueck ...
zutreffend darlegt, kann die Entscheidung darüber, welche
Bedeutung der ... Haftung der Gesellschafter zukommt,
nicht von der juristischen Natur der OHG abhängig ge-
macht werden. Es kommt vielmehr darauf an, welchen
Zwecken die Haftung der Gesellschafter für die Verbind-
lichkeiten der Gesellschaft dient.

Ebenso BGHZ 45,295: Die frühere Auffassung, der Gedanke
an ein mitwirkendes Verschulden des Betroffenen sei
mit dem Wesen des hoheitlichen Eingriffs unvereinbar,
läßt sich hiernach nicht ... halten.

Siehe schließlich BGHZ 28,114 f zur Frage, wie weit eine
Rechtspflicht "aus dem Gesichtspunkt des nachbarlichen
Gemeinschaftsverhältnisses gegeben sein" kann.

Nicht ganz zweifelsfrei in der Formulierung allerdings:

OLGZ 73,201: Es kommt hinzu, daß die Haftungsminde-
rung bei gefahreneigter Tätigkeit gerade aus dem Wesen
der Betriebsgemeinschaft zwischen Arbeitgeber und Arbeit-
nehmer ... begründet wird ...

BGHZ 13,307 und 309: Gerade auch aus der Natur des Be-
amtenverhältnisses und damit auch des Versorgungsver-
hältnisses folge die Rechtspflicht der Beteiligten ...,
ihr Verhalten dem Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme
zu unterstellen Das folgt aus dem Wesen des
Beamtenrechtsverhältnisses, dessen gegenseitige Rechte
und Pflichten unter den das gesamte Recht beherrschenden
Grundsätzen von Treu und Glauben stehen.

2. Wenn somit die Richter auf die "Sache" bzw. auf die
"Natur der Sache" verweisen, wollen sie ersichtlich
allein deutlich machen, daß sie in diesem Zusammenhang
gewisse Dinge für selbstverständlich halten.

BGHZ 9,159 f: Für die Zulassung der Ausschließung (eines
Gesellschafters aus einer GmbH) besteht ein starkes und
dringendes Bedürfnis. Das ergibt sich zwar nicht so sehr

aus der Zahl der vorkommenden Fälle, wohl aber aus der Sache. Hat ein Gesellschafter die satzungsmäßigen Eigenschaften verloren ..., so muß es eine Möglichkeit geben, den Störenfried aus der Gesellschaft auszuschließen ...

NJW 73,706 (Vorschriften, die ihre Entstehung einem aus der Natur der Sache sich ergebenden Gerichtigkeitsgebot verdanken); BGHZ 5,66 (Die aus der Natur der Sache fließende Sonderregelung des § 618 Abs. 3 BGB); BGHZ 41, 154.

3. Es erscheint erstaunlich, welchen Dingen überhaupt ein Wesen bzw. eine Natur offenbar zukommen kann.

NJW 73,709: Natur des Finanzierungsleasing

OLGZ 69,332: Wesen allgemeiner Geschäftsbedingungen

OLGZ 69,330: Wesen des Maklervertrages

OLGZ 70,63: Wesen der Wohnungseigentümergeinschaft

OLGZ 73,201: Wesen der Betriebsgemeinschaft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer

BGHZ 5,189: Wesen der Ehe

BGHZ 6,109: Wesen der Forderungen

BGHZ 7,137: Wesen des Pflichtteilsanspruchs

BGHZ 7,272: Wesen des dinglichen Wohnrechts und der Wohnungsmiete

BGHZ 10,4: Natur einer Wertschuld

BGHZ 10,48: Wesen der Kommanditgesellschaft

BGHZ 10,191: Wesen des Arbeitsvertrages

BGHZ 10,387: Wesen eines Rechtsverhältnisses

BGHZ 13,307 und 309: Natur des Beamtenverhältnisses; Wesen des Beamtenrechtsverhältnisses

BGHZ 14,55: Wesen der GmbH

BGHZ 16,91: Wesen des Ausstattungsschutzes

BGHZ 18,347: Natur einer Tätigkeit

BGHZ 23,201: Wesen des Streites

BGHZ 26,221: Wesen der Ehe

BGHZ 28,112: Natur des Aufwendungsersatzanspruchs

4. Allerdings hat, wie keiner weiteren Darlegung bedarf, dieses Heranziehen des Wesens einer Sache mit der klassischen Argumentation aus der Natur der Sache nichts

gemeinsam. Beim Abstellen auf das Wesen einer Institution wie der der Ehe sind die Richter gehalten, faktischen Gegebenheiten Rechnung zu tragen bzw. auf dieser Grundlage eine sachgerechte Regelung zu treffen, und beim Rekurs auf das Wesen eines Rechtsinstituts (KG, GmbH, Beamtenverhältnis) stehen die Richter vor der Notwendigkeit, im Hinblick auf den Systemgedanken (Konsistenz) für den aktuellen Konfliktfall eine Lösung zu finden, die mit der Gesamtregelung, die dieses Institut bisher erfahren hat, "in Einklang" steht. Und wenn die Richter schließlich vom Wesen eines Streites oder einer starken Wesensverwandtschaft zweier Institute sprechen, so handelt es sich schließlich um überflüssige Floskeln bzw. reine Argumentationsverstärker.

Wieweit das Reden vom Wesen der Dinge daher der Klarheit der Darlegungen dient, mag dahinstehen.

5. Auf den Gedanken, aus der Natur einer Sache mehr zu folgern als die Natur dieser Sache, sind die Richter (bisher) offensichtlich noch nicht gekommen.

4.23. TYPUS

1. Die Urteilsanalyse stößt zunächst auf den wenig überraschenden Umstand, daß der Begriff des "Typus" bzw. des "Typischen" von den Gerichten nur ganz vereinzelt verwendet wird (so hatte z.B. BGHZ 7,198,200 die Frage zu beantworten, ob ein zum Beweis des ersten Anscheins hinreichender "typischer Geschehensablauf" gegeben war, BGHZ 22,90,98 mußte auf ein "typischerweise schutzwertes Anliegen" des Käufers fabrikneuer Möbel abstellen und BGHZ 26,7 führte schließlich zur Vorschrift des § 452 BGB aus, diese sei eine "für typische Kaufverträge getroffene, eng auszulegende Vorschrift"). Dies allein bedingt bereits eine Umstellung des bisherigen Forschungsprogramms.

2. Allerdings tauchten in den Entscheidungen immer wieder diejenigen Probleme auf, denen sich die "Anhänger" der typologischen Denkform offenbar widmen: Die Richter sind bei ihrem reasoning from case to case in einer Vielzahl von Fällen gehalten, einen neuen Konfliktfall konsentierten Entscheidungsgruppen zuzuordnen, Abstufungen vorzunehmen und für "Mischformen" sachgerechte Lösungen zu finden.

Z.B. OLGZ 65,140 f: Das Fehlen der Geschäftsgrundlage kann nur dann zur Aufhebung des Vertragsverhältnisses führen, wenn das Festhalten am Vertrag einen Verstoß gegen Treu und Glauben darstellt und nicht zumutbar ist (BGHZ 2,188). Diese Unzumutbarkeit muß im vorliegenden Fall bejaht werden. Der Begriff der Unzumutbarkeit reicht von der ruinösen Auswirkung über die untragbare Härte bis zur unbilligen Belastung. Während beim Umsatzgeschäft jeder Benachteiligte das Risiko des Geschäfts allein tragen muß, wird man die Unzumutbarkeit bei persönlicher Verbundenheit eher annehmen. In diesem Fall kommt es auch weniger auf die wirtschaftlichen Folgen als vielmehr auf die persönliche Unzumutbarkeit an.

BGHZ 41,112: Eine allgemeingültige begriffliche Formel dafür, wann eine genügend enge Verbindung zwischen dem Rechtsstreit und der Person des Ehegatten besteht, wird sich schwerlich finden lassen. Die richtige Einordnung wird nur für jeweils bestimmte engere Fallgruppen vorgenommen werden können.

NJW 73,2302: Es kann dahingestellt bleiben, ob die Methode der Antragsgegnerin zur Werbung von Angestellten bereits einer der unter den Begriff des "unzulässigen Ausspannens abhängiger Beschäftigter" bislang von der Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen zugeordnet ... werden kann.

Siehe insbesondere BGHZ 48,398 f; ebenso BGHZ 16,336 ff; 23,254 ff; 29,10 ff; 40,337.

In diesem Zusammenhang wird deutlich, daß "die" typologischen Rechtsdenker das Verfahren, das die Richter zur Bewältigung dieser Zuordnungsproblematik anwenden, zutreffend beschreiben: Die Richter gehen vom konsentierten Fall bzw. von den konsentierten Fällen aus, vergleichen sie mit dem aktuellen Konfliktfall, reflektieren die Ähnlichkeiten und die Nicht-Ähnlichkeiten und nehmen dann unter Darlegung von sachlichen Gründen die Zuordnung vor.

Diese Vorgehensweise der Richter kann man nun sicherlich mit irgendeinem Begriff belegen; man kann sie daher auch "typologisch" nennen. Unklar bleibt aber dann, welche methodologische Erkenntnisleistung damit verbunden ist (und ganz offen bleiben mag der Zusammenhang mit der im Ansatz aufgezeichneten klassischen Konzeption des Typus).

Grundsätzlich wäre es allerdings gleichgültig, wie man ein bestimmtes methodisches Vorgehen (der Richter) beschreibt. Fragwürdig wird dieses Unterfangen aber dann, wenn einer Methode typologischer Rechtsfindung eine "begriffslogische Rechtsanwendung" gegenübergestellt wird;

"Begriffslogische Rechtsanwendung läuft Gefahr, unter den vielfältigen Typen eines konkreten Vertrages diejenigen als besonders bedeutsam anzusehen, die sich für eine Subsumtion unter eine gesetzliche Vertragsart eignen, und dabei den besonderen Sinn und Zweck eines seiner ganzen Ausgestaltung nach vom Gesetz abweichenden Vertrages zu verfehlen"(Leenen, Typus, S. 153); oder: "Subsumtion (!) fragt nach dem Vorliegen oder Nichtvorliegen der zur Begriffsbildung vom Gesamtkomplex abstrahierten Merkmale und sieht von der Fülle der sonstigen Merkmale gerade ab" (S. 148).

Angesichts dieser Ausführungen, die dem so beschriebenen Denken offenbar nicht gerade ein erhebliches Maß an "Rationalität" zubilligt, wäre zu fragen, wer denn wohl wann eine derartige begriffslogische Rechtsanwendung bzw. eine solche Subsumtion vorgenommen hat.

3. Vielleicht könnte es an dieser Stelle aber gelingen, die Charakteristika des typologisch-ganzheitlichen Denkens, nämlich "Gesamtbetrachtung", "Gewinnung eines ganzheit-

lichen Bildes" und "Frage der Angemessenheit der Rechtsfolge zur näheren Umgrenzung des Tatbestandes" aufzuspüren; das müßte am besten mithilfe eines exakten Nachzeichnens der Argumentation in denjenigen Entscheidungen gelingen, die für die vorliegende Abhandlung analysiert wurden und die gleichzeitig von den Anhängern typologischen Denkens als besonders instruktiv zur Verdeutlichung der Leistungsfähigkeit dieser Denkform angesehen werden.

3.1. BGHZ 31,228: Daß bei einem Vertrag wie dem vorliegenden die Leistungen des Architekten, wollte man in ihnen Dienstleistungen i.S. des Dienstvertragsrechts sehen, Dienste höherer Art wären, die auf Grund eines besonderen Vertrauens nicht nur in die fachlichen Kenntnisse und Fähigkeiten, sondern auch zu der Person des Architekten übertragen werden, würde man entgegen der Meinung des Reichsgerichts ... mit dem Berufungsgericht annehmen müssen. Das hätte die vom Berufungsgericht von seinem Standpunkt aus mit Recht bejahte Folge, daß nach § 627 BGB jede Vertragspartei das Vertragsverhältnis, auch ohne daß ein wichtiger Grund vorliegen müßte, jederzeit kündigen könnte. Diese auch vom Reichsgericht ... als unangemessen bezeichnete Rechtsfolge wird mit der Unterstellung des die Bauplanung und Bauführung umfassenden Architektenvertrags unter das Recht des Werkvertrags (§§ 631 ff BGB) vermieden. Das freie Kündigungsrecht würde für die Partei, der gekündigt wird, Nachteile mit sich bringen, die durch die gesetzliche Regelung nicht völlig ausgeglichen werden.

Gerade für diese Gesamtproblematik behauptet Leenen (a.a.O., S. 151), es werde nicht subsumiert, sondern typologisch zugeordnet.

Es erscheint aber wiederum nicht ganz verständlich, warum es sinnvoll sein soll, diese Vorgehensweise des BGH typologisch zu nennen. Zutreffend ist sicherlich, daß gerade diese Entscheidung deutlich macht, nach welchen Kriterien richterliches Entscheidungshandeln abläuft: Der aktuelle Konfliktfall bedarf der sachgerechten Regelung; diese ist nur dadurch zu erreichen, daß bestimmte Rechtsnormen zur Anwendung gebracht werden.

Auf eine Gesamtbetrachtung und Gewinnung eines ganzheitlichen Bildes des Dienstvertrages, Werkvertrages oder Architektenvertrages wird aber doch offensichtlich - zum Glück! - verzichtet.

3.2. BGHZ 26,8 f: Auch § 452 BGB läßt sich hier nicht anwenden. Bei dieser Vorschrift handelt es sich um eine für typische Kaufverträge getroffene Bestimmung. Der Gesetzgeber hat bewußt davon abgesehen, den dieser Vorschrift zugrunde liegenden Gedanken, daß kein Vertragsteil die Sache und zugleich den Gegenwert nutzen solle, auf Geschäfte ähnlicher Art auszudehnen Bei dem zwischen den Streitparteien geschlossenen Verträge handelt es sich um ein Rechtsverhältnis, das zwar in den Grundzügen Kaufvertrag ist, seiner ganzen Ausgestaltung nach aber nicht zu den typischen Kaufverträgen gerechnet werden kann, die dem Gesetzgeber vorgeschwebt haben. ... Der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag hat ein Dauerrechtsverhältnis mit gesellschaftsartigem Einschlag zum Inhalt. ... Auf ein derart gesellschaftsartig gestaltetes Dauerrechtsverhältnis aber kann die singuläre, eng auszulegende Vorschrift des § 452 BGB nicht angewendet werden.

Bezüglich dieser Entscheidung hält Leenen (a.a.O., S. 165) die Feststellung für bemerkenswert, der BGH lasse also das Vorliegen der begrifflichen Merkmale eines (Rechts-) Kaufes nicht genügen, sondern stelle aufgrund einer Gesamtbetrachtung fest, daß kein typischer Kaufvertrag, sondern ein Dauerrechtsverhältnis mit gesellschaftsartigem Einschlag vorliege.

Dazu ist anzumerken: Der Umstand, daß der BGH das Vorliegen der begrifflichen Merkmale des Kaufes nicht genügen läßt, wird niemanden verwundern können; gerade die vorliegende Urteilsanalyse hat aufgezeigt, daß sich die Richter durch das Vorliegen von begrifflichen Merkmalen noch nie haben hindern lassen, eine sachgerechte, der Interessenlage der Parteien Rechnung tragende Entscheidung zu treffen. Im übrigen gelten auch für dieses Beispiel die obigen Ausführungen.

3.3. NJW 73,707 f (zur Rechtswirksamkeit Allgemeiner Geschäftsbedingungen im Rahmen eines Leasing-Vertrages):

Auch wenn man das Leasing-Geschäft unter den Vertragstyp Miete faßt, müssen seine Eigenarten in vollem Umfang Berücksichtigung finden. Es geht nicht an, das Leitbild des BGB, das im wesentlichen die Ausgestaltung der Raum- und insbesondere der Wohnraummiete zum Gegenstand hat, als Maßstab auch für diese besondere Art der Miete heranzuziehen.

Es ist vielmehr zu fragen, welche Regelungen hier aus der Finanzierungsfunktion des Leasing für das selbständige Finanzierungsleasing in Abweichung von den Mietrechtsvorschriften des BGB auf Grund rechtlicher Wertung der Interessenlage als sachgerecht anzusehen ist.... . Im einzelnen gilt folgendes: ... Vielmehr ist ein berechtigtes Interesse des Kapitalgebers anzuerkennen. Die Bindung des Gegners rechtfertigt sich daraus, daß dieser mit dem Auftrag, den gewünschten Gegenstand zu erwerben, gleichzeitig die Bereitstellung des Kaufgeldbetrages bei dem Leasinggeber veranlaßt. Soweit Ansprüche gegen den 'Vermieter' im Falle des Rücktritts ausgeschlossen sind, ist zu berücksichtigen, daß dem 'Mieter' gem. Nr. 13 der Vertragsbedingungen die Rechte des Käufers gegen die Lieferfirma zustehen soll. Dem Leasingnehmer ist damit die Rechtsposition des Käufers gegenüber dem Verkäufer eingeräumt worden. Ihm stehen die Ansprüche zu, die er geltend machen könnte, wenn nicht die Leasinggesellschaft eingeschaltet worden wäre, sondern ein Fall der Eigenfinanzierung vorläge. Die Übernahme einer Garantiehaftung durch die Klägerin erscheint darüber hinaus nicht gerechtfertigt. Bei Abschluß des Vertrages war es den Parteien klar, daß die Klägerin noch nicht über den Vertragsgegenstand verfügte. Auf die rechtzeitige Auslieferung des Mietgegenstandes, die im Verantwortungsbereich der Lieferfirma lag, hatte die Klägerin ebensowenig Einfluß wie die Beklagte, der die Rechte aus dem Kaufvertrag abgetreten worden sind. Eine Haftung der Klägerin würde zur Übernahme einer Garantie führen, die unabhängig von der Frage des Verschuldens der Beklagten einen Anspruch gäbe, ohne daß sie ihrerseits für die Risikoübernahme einen Ausgleich zahlen müßte.

Auch diese Entscheidung erscheint dadurch charakterisiert, daß der Versuch unternommen wird, für einen neuen Problemkomplex eine sachgerechte Entscheidung durch Abwägung der beteiligten Interessen und mithilfe von Folgenerwägungen zu finden; die Relevanz irgendeiner Gesamtbetrachtung ist wiederum nicht ersichtlich (selbstverständlich kann man immer behaupten, hier finde eine "Gesamtbetrachtung" statt; fraglich bliebe dann aber, was damit wohl gewonnen wäre).

Vgl. schließlich ebenso BGHZ 18,345 und 10,190 f.

Insgesamt scheinen angesichts dieser "typischen" Entscheidungen von den Charakteristika typologisch-ganzheitlichen Denkens folgende methodologischen Postulate übrig zu bleiben:

Typische Konfliktfällen die dem Gesetzgeber bereits vorgeschwebt haben und die er in bestimmter Weise geregelt hat, bedürfen (unter Umständen) einer anderen Regelung als atypische Fälle.

Zur Entscheidung eines Falles sind sämtliche (rechtlich relevanten) Umstände zu beachten.

Die Frage nach der Angemessenheit der Rechtsfolge, nach dem Wert des Ergebnisses, darf nicht außer acht gelassen werden.

4.24. LOGIK

Bezüglich dieser Gesamtproblematik wurden bereits das Prinzip der Widerspruchsfreiheit beim Systemgedanken exemplarisch behandelt und die Überzeugungskraft "formal-logischer" Schlüsse im Zusammenhang mit dem begriffslogischen Vorgehen ansatzweise aufgezeigt. Da im übrigen die Gerichte natürlich darauf verzichten, ihre Erwägungen ausdrücklich auf die Gesetze der Logik zu stützen, so muß sich die vorliegende Abhandlung darauf beschränken, auf einige Einzelfälle aufmerksam zu machen.

1. Wenn Richter von "Logik" reden, hat das häufig mit den Gesetzen der klassischen Logik nichts zu tun.

BGHZ 5,111: Allgemeine Vertragsbedingungen dieser Art beruhen nicht immer auf einer einwandfreien rechtlichen Durcharbeitung und rechtfertigen daher nicht ohne weiteres die Anwendung streng (!) logischer Auslegungsgrundsätze, wie sie bei der Auslegung gesetzlicher Vorschriften geboten sind.

BGHZ 25,36: Der Wortlaut der Klausel im Hinblick auf den allgemeinen und versicherungstechnischen Sprachgebrauch, ihre systematische Stellung und ihr sprachlicher und lo-

gischer Zusammenhang mit anderen Bestimmungen der AHB ... weisen eindeutig darauf hin ...

Dabei dürfte im ersten Beispiel der Begriff "logisch" dahin zu verstehen sein, daß vom Wortlaut und vom systematischen Zusammenhang der Vorschrift auszugehen ist; in der zweiten Entscheidung verweist allerdings "logisch" offenbar auf die sachliche Übereinstimmung einer Bestimmung mit dem Gesamtzusammenhang der Regelung und zielt damit bereits auf das Widerspruchsfreiheitsprinzip ab.

2. In denselben Zusammenhang gehört die Entscheidung

BGHZ 7,205 f: Geht man aber einmal davon aus ..., daß der Eintritt der genannten gefahrbringenden Umstände selbst in den Kreis der adäquaten Folgen einer Schwangerschaftsunterbrechung gehört, so kann der weitere adäquate Ursachenzusammenhang nicht mit der Begründung verneint werden, es bestehe auch dann noch eine gewisse Möglichkeit zur Verhinderung des tödlichen Ausgangs. Dieser Verneinung eines Ursachenzusammenhangs liegt ein ähnlicher Trugschluß zugrunde, wie es oben für die Ursächlichkeit der verspäteten Einweisungen in ein Krankenhaus aufgezeigt wurde. Ist einmal ein für das Leben eines Patienten gefahrdrohender Zustand auf irgendeine Weise eingetreten, so bedarf es niemals besonders eigenartiger und ganz unwahrscheinlicher Umstände, die zum Tode führen können, sondern es bedarf umgekehrt der Kunst des Arztes, um den Eintritt des Todes zu verhindern. Ob die Aussichten für den Erfolg dieser Rettungsversuche mehr oder weniger groß waren, kann nichts daran ändern, daß ein Mißerfolg die adäquate Folge der eingetretenen Lebensgefahr ist.

Wenn also diese Entscheidung von einem Trugschluß spricht, so meint sie ebenfalls nicht ein fehlerhaftes Schließen nach den Gesetzen der Logik, sondern eine Verkennung der Grundsätze des adäquaten Ursachenzusammenhangs.

Vgl. auch NJW 73,1984 (so kann daraus nicht der Schluß gezogen werden).

3. Bekanntlich liegen in diesem Gesamtzusammenhang die Schwierigkeiten nicht im logischen Schließen, sondern beim Aufzeigen des "idem"; das mag BGHZ 6,394 noch einmal verdeutlichen:

BGHZ 6,394: Wenn aber das in erster Linie angestrebte Ziel des Verfahrens, nämlich die gütliche Einigung, auch die Bürgschaftsverpflichtung mit umfaßt, so sind für die beim Ausbleiben einer Einigung notwendig werdende gerichtliche Entscheidung die Bestimmungen im § 16 ... zu beachten. Dort ist bestimmt, daß die rechtskräftige Entscheidung des Gerichts die entsprechenden Vereinbarungen der Parteien ersetzt. Das bedeutet, daß die Entscheidung wie eine Vereinbarung der Parteien wirkt (Volkmars DJ 1939, 1858 Ziff IV). Da aber, wie dargelegt, eine Vereinbarung zugunsten des Bürgen wirken würde, muß es hiernach auch die Entscheidung des Gerichts selbst tun.

4. Zuletzt soll auf die kuriosen Ausführungen in NJW 73, 1287 verwiesen werden:

NJW 73,1287: Schließlich müßte die Gegenmeinung auch zu dem Ergebnis gelangen, daß auch eine konkrete Vereinbarung ... über die Beendigung eines Mietverhältnisses unwirksam sei. Diese von Roquette (ZMR 72 (!), 1939) vertretene Auffassung ist nicht verständlich, zumal der gleiche Verfasser z.Zt. der Geltung des MSchG eine andere Meinung vertreten hat (Roquette, MSchG, 1956 (!), § 49 Rdnr. 7).

Vom Prinzip der Widerspruchsfreiheit sollte sich niemand dazu bewegen lassen, sich einer besseren Erkenntnis zu verschließen und die eigene Meinung zu ändern.

5. Z U S A M M E N F A S S U N G

Statt einer Zusammenfassung soll zum Abschluß dieser Abhandlung der Versuch unternommen werden, die Frage zu beantworten, warum die Methodendiskussion der letzten zehn Jahre (unabhängig von der vielfach beschriebenen Tendenzwende) so folgenlos geblieben ist.

Das mag an folgenden Umständen gelegen haben:

1. Es gab vielleicht zuviele Abhandlungen, deren Titel den Eindruck erweckten, es werde über die richterliche Entscheidungspraxis geredet, obwohl diese Praxis in den Ausführungen mit keinem Wort erwähnt und schon gar nicht deutlich gemacht wurde, wie man sich diese Praxis vorstellte (vom Ansatz einer Analyse oder empirischen Untersuchung ganz zu schweigen).

2. Vielleicht wurde auch auf zu geringer empirischer Basis der Vorwurf der Fassadenarbeit erhoben; gerade bei den hier analysierten veröffentlichten neuen, das Recht weiter entwickelnden Entscheidungen konnte im Hinblick auf den immer wieder anzutreffenden Topos "der Senat bzw. die Kammer ist der Auffassung" eine Fassadenarbeit nicht ermittelt werden; und da im übrigen dem Wissenden jeder Rechtsbegriff synonym ist mit der Gesamtheit der Wertungen, mit der die Jurisprudenz den Begriff in seiner historischen Entwicklung befrachtet hat, vermag allein der Unkundige beim Einsatz von Begriffen rein begriffliche Zwänge zu entdecken.

3. Möglicherweise würde auch die These, wonach richterliche Alltagstheorien sozialwissenschaftlicher Kritik häufig nicht standhalten könnten, sozialwissenschaftlich fundierter, auf ausreichender empirischer Basis unternommener Kritik nicht standhalten (zumal die Richter in der Regel die Auswahl treffen können, ob sie einen Erfahrungssatz heranziehen wollen oder nicht).

4. Vielleicht lief auch das Reden von "der" Begriffsjurisprudenz, von "der" klassischen Konzeption der juristischen Dogmatik, von "dem" begriffslogischen Denken und von "der" Subsumtion zu sehr ins Leere. Die Befürchtung, die Richter könnten sich bei ihrer Tätigkeit von einer "klassischen Konzeption der juristischen Dogmatik" leiten lassen, erwies sich nicht als so begründet, wie teilweise der Eindruck erweckt wurde. Es konnte nicht nachgewiesen werden, daß sich die Richter etwa unreflektiert von begrifflichen Zwängen oder Notwendigkeiten "des Systems" leiten lassen. Demgegenüber wurde aufgezeigt, daß das begriffsformalistische Vorgehen allein etwas mit "stupidity" zu tun hat - und so "stupid" scheinen die Richter global nicht zu sein (natürlich gibt es mangelhafte Entscheidungen, gute und schlechte "Dogmatik").

5. Möglicherweise waren auch die neuen Erkenntnisse engagierter Rechtstheoretiker gar nicht so neu (für die Terminologie mag etwas anderes gelten; früher redete man z.B. vom Begriffshof, heute von den neutralen Kandidaten). Insbesondere konnte z.B. nachgewiesen werden, daß die Richter Fragen des Gerechten und des Billigen natürlich mithilfe von Folgenerwägungen beantworten.

6. Oberdies ließe sich anhand der Diskussion über die Folgenproblematikvielleicht die Aussage rechtfertigen, daß die juristische Begrifflichkeit ein weitaus höheres Maß an Exaktheit aufweist als die methodologische. Hier wurde möglicherweise zu wenig zwischen verschiedenartigen Folgenerwägungendifferenziert, die die Richter seit langem einsetzen.

7. In ähnlichem Zusammenhang kann noch einmal das Problem der Alltagstheorien aufgegriffen werden. Auch dieser Vorwurf wurde vielleicht zu global vorgetragen. Verdienstvoller wäre es wohl gewesen, bei den immer wieder auftauchenden methodischen Schritten diejenigen Situationen aufzuzeigen, in denen die Richter regelmäßig vor der Not-

wendigkeit stehen, zu empirischen Fragen Stellung zu nehmen. Allerdings müßte darüber, daß es nicht sachgerecht sein kann, empirische Fragen auf eine normative Ebene hochzuschleusen und dann mithilfe von Vorurteilen zu entscheiden, ziemlich rasch Konsens zu erzielen sein.

8. Insbesondere schien die Methodendiskussion - trotz Essers Grundsatz und Norm - viel zu einseitig orientiert zu sein an der Problemstellung "Gesetz und Richter". Dadurch wurde vielleicht zu sehr der Blick dafür verstellt, daß die Richter den neuen Konfliktfall (im Zivilrecht) in aller erster Linie durch ein "reasoning from case to case" und mithilfe von Folgenerwägungen entscheiden (wobei das Gesetz durchaus als "starting point" [Esse] für die zu findende Entscheidungsnorm dienen mochte).

9. Damit leistete aber auch das alleinige Reden von der Fungibilität der Auslegungselemente zu wenig. Die Problematik der diesen Elementen immanenten Schwierigkeiten trat damit m.E. zu sehr in den Hintergrund; im übrigen griffen die Richter auf diese Elemente nur in ganz seltenen Fällen zurück (was im Zivilrecht wenig verwunderlich erscheint).

10. Totale Verwirrung stiftete schließlich der Dogmatikbegriff (beliebter Kampftopos: Krise "der" Dogmatik); daraus hat die vorliegende Abhandlung die Konsequenz gezogen, auf das Reden über die Dogmatik zu verzichten.

6. L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

- Adomeit, K. Methodenlehre und Juristenausbildung
in: ZRP 1970, S. 176 (zit. Methodenlehre)
- Albert, H. Traktat über kritische Vernunft
3. Aufl., Tübingen 1975 (zit. Traktat)
- Allen, C.K. Law in the Making
7. Aufl., Oxford 1964 (zit. Law)
- Aubin, B. Die rechtsvergleichende Interpretation
autonom-internen Rechts in der deutschen
Rechtsprechung
in: RabelsZ 34 (1970) S. 458
(zit. Rechtsvergleichende Interpretation)
- Baratta, E. Juristische Analogie und Natur der Sache
in: Mensch und Recht. Festschrift für
Erik Wolf, Frankfurt 1972, S. 137
(zit. Analogie)
- Baur, F. Lehrbuch des Sachenrechts
8. Aufl., München 1975 (zit. Lehrbuch des
Sachenrechts)
- Beling, E. Vom Positivismus zum Naturrecht und zurück
in: Beiheft AcP 133 (1933), S. 1
(zit. Positivismus)
- Berkemann, J. Zum Prinzip der Widerspruchsfreiheit in
der deontischen Logik
in: Hans Lenk (Hrsg.), Normenlogik,
München 1974, S. 166 (zit. Widerspruchsfreiheit)
- Betti, E. Allgemeine Auslegungslehre als Methodik
der Geisteswissenschaften
Tübingen 1967 (zit. Allgemeine Auslegungslehre)
- Böhm, W. Überlegungen zur Zukunft der juristischen
Dogmatik
in: DRiZ 1973, S. 269 (zit. Dogmatik)
- Boulouis, J.-
Chevallier, R.-M. Grands arêts de la cour de justice des
communautés européennes
Paris 1974 (zit. Grands arêts)

- Calliess, R.-P. Institution und Recht
in: Dombois, H. (Hrsg.), Recht und
Institution, Stuttgart 1969, S. 11
(zit. Institution)
- Canaris, C.-W. Die Feststellung von Lücken im Gesetz
Berlin 1964 (zit. Lücken)
- Canaris, C.-W. Systemdenken und Systembegriff in der
Jurisprudenz
Berlin 1969 (zit. Systemdenken)
- Coing, H. Grundzüge der Rechtsphilosophie
2. Auflage, Frankfurt/M. 1969
(zit. Rechtsphilosophie)
- Constantinesco, L.-J. Rechtsvergleichung
Band II. Die rechtsvergleichende Methode
Köln, Berlin, Bonn, München 1972
(zit. Rechtsvergleichung)
- Cross, R. Precedent in English law
2. Aufl. Oxford 1968
(zit. Precedent)
- Diederichsen, U. Auftragslose Geschäftsführung des Minder-
jährigen als Problem der juristischen
Methode
in: MDR 1964, S. 891 (zit. Geschäfts-
führung)
- Diederichsen, U. Die Haftung des Warenherstellers
München und Berlin 1967 (zit. Warenher-
steller)
- Diederichsen, U. Die "reductio ad absurdum" in der
Jurisprudenz
in: Festschrift K. Larenz, München 1973,
S. 155 (zit. Reductio)
- Diederichsen, U. Topisches und systematisches Denken in
der Jurisprudenz
in: NJW 1966, S. 667 (zit. Topisches
Denken)
- Dießelhorst, M. Die Natur der Sache als außergesetzliche
Rechtsquelle verfolgt an der Rechtspre-
chung zur Saldotheorie
Tübingen 1968 (zit. Saldotheorie)
- Dölle, H. Der Beitrag der Rechtsvergleichung zum
deutschen Recht
in: Festschrift zum hundertjährigen Be-
stehen des deutschen Juristentages,
Band II, Karlsruhe 1960, S. 19
(zit. Rechtsvergleichung)

- Dreier, R. Zu Luhmanns systemtheoretischer
Neuformulierung des Gerechtigkeits-
problems
Manuskript Göttingen 1973
(zit. Gerechtigkeitsproblem)
- Dreier, R. Zum Begriff der "Natur der Sache"
Berlin 1965 (zit. Natur der Sache)
- Dreier, R. Rechtspolitik und Ideologiekritik
in: ZRP 1973, S. 95 (zit. Rechtspolitik)
- Dreier, R. Zum Selbstverständnis der Jurisprudenz
als Wissenschaft
in: Rechtstheorie 2 (1971), S. 37
(zit. Selbstverständnis)
- Dubischar, R. Grundbegriffe des Rechts
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1968
(zit. Grundbegriffe)
- Dubischar, R. Vorstudium zur Rechtswissenschaft
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1974
(zit. Vorstudium)
- Eckmann, H. Rechtspositivismus und sprachanalytische
Philosophie
Berlin 1969 (zit. Rechtspositivismus)
- Ehmke, H. Prinzipien der Verfassungsinterpretation
in: Veröff. der Vereinigung der Staats-
rechtslehrer, Heft 20, Berlin 1963, S. 53
(zit. Verfassungsinterpretation)
- Ehrlich, E. Die juristische Logik
Tübingen 1918 (zit. Logik)
- Ekelöf, P.O. Topik und Jura
in: Hubien, H., Die juridische Argumen-
tation, Bruxelles 1971, S. 43
(zit. Topik)
- Engelmann, W. Die Wiedergeburt der Rechtskultur in
Italien durch die wissenschaftliche Lehre
Leipzig 1938 (zit. Wiedergeburt)
- Engisch, K. Einführung in das juristische Denken
3. Aufl., Stuttgart 1956 (zit. Einführung³)
5. Aufl. 1971 (zit. Einführung⁵)
- Engisch, K. Die Idee der Konkretisierung in Recht
und Rechtswissenschaft unserer Zeit
Heidelberg 1953 (zit. Konkretisierung)
- Engisch, K. Sinn und Tragweite juristischer Systematik
in: Studium generale 10 (1957), S. 173
(zit. Systematik)

- Enneccerus-Nipperdey Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts
15. Aufl. Tübingen 1959 (zit. Allgemeiner
Teil)
- Esser, J. Bemerkungen zur Unentbehrlichkeit des
juristischen Handwerkszeugs
in: JZ 1975, S. 555 (zit. Handwerkszeug)
- Esser, J. Dogmatik zwischen Theorie und Praxis
in: Festschrift L. Raiser, Tübingen 1974,
S. 517 (zit. Dogmatik)
- Esser, J. Grundsatz und Norm in der richterlichen
Fortbildung des Privatrechts
2. Aufl. Tübingen 1964 (zit. Grundsatz
und Norm)
- Esser, J. Zur Methodenlehre des Zivilrechts
in: Studium generale 12 (1959), S. 97
(zit. Methodenlehre)
- Esser, J. Methodik des Privatrechts
in: Enzyklopädie der geisteswissenschaft-
lichen Arbeitsmethoden. 11. Lieferung:
Methoden der Rechtswissenschaft. Teil I,
S. 3 (zit. Methodik)
- Esser, J. Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen
Denkens im modernen Zivilrecht
in: AcP 172 (1972), S. 97 (zit. Möglich-
keiten)
- Esser, J. Rezension: Canaris, C.-W., Systemdenken
und Systembegriff in der Jurisprudenz
in: RabelsZ 33 (1969), S. 757 (zit. Sy-
stemdenken)
- Esser, J. Rezension: Strache, K.-H., Das Denken in
Standards, Berlin 1968
in: AöR 96 (1971), S. 140 (zit. Standards)
- Esser, J. Schuldrecht, 2. Aufl.
Karlsruhe 1960 (zit. Schuldrecht²)
- Esser, J. Voraussetzungen und Grenzen richterlicher
Rechtsbildung aus Prinzipien im deutschen
Zivilrecht
Vortrag, berichtet von Paulick, H., in:
AcP 153 (1954), S. 176 (zit. Esser,
Prinzipien)
- Esser, J. Vorverständnis und Methodenwahl in der
Rechtsfindung
Frankfurt a.M. Durchgesehene und ergänzte
Auflage 1972 (zit. Vorverständnis)

- Esser, J., Wertung, Konstruktion und Argument im Zivilurteil
Karlsruhe 1965 (zit. Wertung)
- Esser, J. - Schuldrecht Band I. Allgemeiner Teil.
Schmidt, E. Teilband 1
5. Aufl. Karlsruhe 1975 (zit. Schuldrecht)
- Fischer, R. Zur Methode revisionsrichterlicher
Rechtsprechung auf dem Gebiet des
Gesellschaftsrechts
in: Festgabe O. Kunze, Berlin 1969, S. 95
(zit. Methode)
- Flume, W. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts.
Zweiter Band. Das Rechtsgeschäft
2. Aufl. Berlin, Heidelberg, New York 1975
(zit. Allgemeiner Teil)
- Flume, W. Zur Problematik des verlängerten Eigen-
tumsvorbehalts
in: NJW 1959, S. 913 (zit. Eigentumsvor-
behalt)
- Frankena, W.K. Analytische Ethik
München 1972 (zit. Ethik)
- Friedmann, W. Obergesetzliche Rechtsgrundsätze und
die Lösung von Rechtsproblemen
in: ARSP 41 (1954/55), S. 348
(zit. Rechtsgrundsätze)
- Gadamer, H.-G. Rhetorik, Hermeneutik und Ideologiekritik
in: Hermeneutik und Ideologiekritik,
Frankfurt am Main 1971, S. 57 (zit. Rhe-
torik)
- Gadamer, H.-G. Wahrheit und Methode
2. Aufl. Tübingen 1965 (zit. Wahrheit)
- Genzmer, E. Kritische Studien zur Mediaevistik
Renaissance der Wissenschaft des römischen
Rechts, Rechtskultur und Richter verant-
wortlichkeit in der Darstellung Waldemar
Engelmanns
in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für
Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung
Bd. 61 (1941), S. 276
- Großfeld, B. Haftpflichtversicherung im Wandel
in: Versicherungswirtschaft 1974, S. 693
(zit. Haftpflichtversicherung)

- Gutzwiller, M. Zur Lehre von der "Natur der Sache"
in: Festgabe der juristischen Fakultät
der Universität Freiburg (Schweiz) zur
50. Jahresversammlung des Schweizerischen
Juristenvereins, Freiburg (Schweiz) 1924
S. 282 (zit. Natur der Sache)
- Habermas, J. Zu Gadamer's 'Wahrheit und Methode'
in: Hermeneutik und Ideologiekritik,
Frankfurt am Main 1971, S. 45
(zit. Wahrheit)
- Hart, H.L.A. The Concept of Law
Oxford 1961 (zit. Concept). Der Begriff
des Rechts, Frankfurt am Main 1973
(zit. Begriff)
- Hart, H.L.A. Positivism and the Separation of Law
and Morals
in: Harvard Law Review 71 (1958), S. 593
(zit. Positivism)
- Hassemer, W. Tatbestand und Typus
Köln 1968 (zit. Typus)
- Heck, Ph. Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz
Tübingen 1932 (zit. Begriffsbildung)
- Heller, Th. Logik und Axiologie der analogen Rechts-
anwendung
Berlin 1961 (zit. Logik)
- Henrich, D. Kritik der Verständigungsverhältnisse
in: Habermas, J., Henrich, D., Zwei Reden
Frankfurt Main 1974, S. 9 (zit. Verständigungsverhältnisse)
- Heyde, J.E. Typus. Ein Beitrag zur Typologik
in: Studium generale 5 (1952), S. 235
(zit. Typus)
- v. Hippel, F. Richtlinie und Kasuistik im Aufbau von
Rechtsordnungen
Marburg 1942 (zit. Richtlinie und Kasuistik)
- Hopt, K. Finale Regelungen, Experiment und Daten-
verarbeitung in Recht und Gesetzgebung
in: JZ 1972, S. 65 (zit. Finale Regelungen)
- Horak, F. Rationes decidendi
Entscheidungsbegründungen bei den alten
römischen Juristen bis Labeo
Band I. Aalen 1969 (zit. Rationes decidendi)

- Hubmann, H. Grundsätze der Interessenabwägung
in: AcP 155 (1956), S. 85
(zit. Interessenabwägung)
- Isay, H. Rechtsnorm und Entscheidung
Berlin 1929 (zit. Rechtsnorm)
- Jolidon, P. Problèmes de structure dans le droit
des sociétés
in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht
1968, S. 427 (zit. Structure)
- Kantorowicz, H. Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre
in: Rechtswissenschaft und Soziologie,
Karlsruhe 1962, S. 41 (zit. Vorgeschichte)
- Kantorowicz, H. Der Kampf um die Rechtswissenschaft
(= Gnaeus Flavius)
in: Rechtswissenschaft und Soziologie
Karlsruhe 1962, S. 13 (zit. Kampf)
- Kaufmann, A. Analogie und "Natur der Sache"
Karlsruhe 1965 (zit. Analogie)
- Kilian, W. Juristische Entscheidung und elektronische
Datenverarbeitung
S. Toeche-Mittler Verlag 1973
(zit. Juristische Entscheidung)
- Knopp, W. Institutionenschutz im Privatrecht
unveröffentlichtes Manuskript
Heidelberg 1967
(zit. Institutionenschutz)
- Koch, H.-J. Zur Analyse richterlicher Entscheidungen
Diss. Frankfurt 1971 (zit. Analyse)
- Koch, H.-J. Zur Rationalität richterlichen Entschei-
dens
in: Rechtstheorie 4 (1973) S. 183
(zit. Rationalität)
- Köhler, J. Ueber die Interpretation von Gesetzen
in: Grünhuts Zeitschrift 13 (1886), S. 1
(zit. Interpretation)
- Koschaker, P. Europa und das römische Recht
3. Auflage München und Berlin 1958
(zit. Europa)
- Kriele, M. Theorie der Rechtsgewinnung
Berlin 1967 (zit. Rechtsgewinnung)
- Larenz, K. Aufgabe und Eigenart der Jurisprudenz
in: JuS 1971, S. 449 (zit. Jurisprudenz)

- Larenz, K. Die Bindung des Richters an das Gesetz als hermeneutisches Problem
in: Festschrift E.R. Huber, Göttingen 1973, S. 291 (zit. Bindung)
- Larenz, K. Lehrbuch des Schuldrechts. Zweiter Band, Besonderer Teil, 10. Aufl. München 1972 (zit. Lehrbuch des Schuldrechts)
- Larenz, K. Methodenlehre der Rechtswissenschaft 2. Aufl. Berlin, Heidelberg, New York 1969 (zit. Methodenlehre²)
- Larenz, K. Methodenlehre der Rechtswissenschaft 3. Aufl. Berlin, Heidelberg, New York 1975 (zit. Methodenlehre³)
- Larenz, K. Über die Bindungswirkung von Präjudizien in: Festschrift H. Schima, Wien 1969, S. 247 (zit. Präjudizien)
- Larenz, K. Wegweiser zu richterlicher Rechtsschöpfung in: Festschrift A. Nikisch, Tübingen 1958 S. 275 (zit. Wegweiser)
- Lautmann, R. Justiz - die stille Gewalt Frankfurt a.M. 1972 (zit. Justiz)
- Leenen, D. Typus und Rechtsfindung Berlin 1971 (zit. Typus)
- Llewellyn, K.N. The Bramble Bush 3. Aufl. New York 1960 (zit. Bramble Bush)
- Luhmann, N. Funktionale Methode und juristische Entscheidung in: AöR 94 (1969), S. 1 (zit. Funktionale Methode)
- Luhmann, N. Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft in: Rechtstheorie 4 (1973) S. 131 (zit. Gerechtigkeit)
- Luhmann, N. Positives Recht und Ideologie in: Soziologische Aufklärung, 3. Aufl. Opladen 1972, S. 178 (zit. Positives Recht)
- Luhmann, N. Rechtssoziologie Reinbek 1972 (zit. Rechtssoziologie)
- Luhmann, N. Rechtssystem und Rechtsdogmatik Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1974 (zit. Rechtsdogmatik)

- Luhmann, N. Recht und Automation in der öffentlichen
Verwaltung
Berlin 1966 (zit. Automation)
- Luhmann, N. Soziologische Aufklärung
in: Soziologische Aufklärung, Band 1,
3. Aufl. Opladen 1972, S. 66
(zit. Soziologische Aufklärung)
- Luhmann, N. Systemtheoretische Beiträge zur Rechts-
theorie
in: Jb. f. RS u RT Band 2 (1972), S. 255
(zit. Rechtstheorie)
- Luhmann, N. Zweckbegriff und Systemrationalität
Tübingen 1968 (zit. Zweckbegriff)
- Makkonen, K. Zur Problematik der juridischen Ent-
scheidung
Turku 1965 (zit. Juridische Entscheidung)
- Meier-Hayoz, A. Art. 1 im Berner Kommentar. Kommentar
zum Schweizerischen Zivilrecht. Einleitung
Artikel 1 - 10 ZGB, Bern 1962
- Meier-Hayoz, A. Der Richter als Gesetzgeber
Zürich 1951 (zit. Richter)
- Merz, H. Auslegung, Lückenfüllung und Norm-
berichtigung
in: AcP 163 (1964), S. 305 (zit. Ausle-
gung)
- Meyer-Ladewig, J. Justizstaat und Richterrecht
in: AcP 161 (1962), S. 97 (zit. Justiz-
staat)
- Müller, F. Fallanalysen zur juristischen Methodik
Berlin 1974 (zit. Fallanalysen)
- Müller, F. Juristische Methodik
Berlin 1971 (zit. Methodik)
- Noß, P. Gesetzgebungslehre
Reinbek bei Hamburg 1973 (zit. Gesetz-
gebungslehre)
- Ott, W. Die Problematik einer Typologie im Ge-
sellschaftsrecht, dargestellt am Beispiel
des Schweizerischen Aktienrechts
Bern 1972 (zit. Typologie)
- Pawłowski, H.-M. Ausgleich zwischen Bürgen und Hypotheken-
schuldner
in: JZ 1974, S. 124 (zit. Ausgleich)

- Podlech, A. Logische Anforderungen kybernetischer Systeme an ihre Anwendung auf Rechtssätze
in: BB 1968, S. 106 (zit. Logische Anforderungen)
- Podlech, A. Recht und Moral
in: Rechtstheorie 3 (1972) S. 129
(zit. Recht und Moral)
- Podlech, A. Wertungen und Werte im Recht
in: AöR 95 (1970), S. 185 (zit. Wertungen)
- Popper, K.R. Logik der Forschung
3. Aufl. Tübingen 1969 (zit. Logik)
- Pound, R. The Theory of Judicial Decision
in: Harvard Law Review 36 (1922-23),
S. 641 ff, 802 ff, 940 ff (zit. Theory)
- Radbruch, G. Die Natur der Sache als juristische Denkform
in: Festschrift R. Laun 1948, S. 157
- Radbruch, G. Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken (1938)
in:
ders., Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem
Darmstadt 1967 (zit. Klassenbegriffe)
- Rinaldi, F. Is Analogy a Decision Process in English Law?
in: Hubien, H., Le raisonnement juridique, Bruxelles 1971, S. 363 (zit. Analogy)
- Rode, K. Begriffliche und typologische Gesetzesinterpretation
in: JR 1968, S. 401 (zit. Gesetzesinterpretation)
- Rottleuthner, H. Zur Eigenständigkeit der Rechtswissenschaft
in: Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, Frankfurt am Main 1973, S. 168
(zit. Eigenständigkeit)
- Rottleuthner, H. Richterliches Handeln. Zur Kritik der juristischen Dogmatik
Frankfurt am Main 1973 (zit. Richterliches Handeln)
- v. Rümelin, M. Zur Lehre von der juristischen Konstruktion
in: ARWP 16 (1922,23), S. 343 (zit. Konstruktion)

- Rüthers, B. Die unbegrenzte Auslegung
Frankfurt 1973 (zit. Auslegung)
- Rüthers, B. Institutionelles Rechtsdenken im Wandel
der Verfassungsepochen
Bad Homburg v.d.H.-Berlin-Zürich 1970
(zit. Rechtsdenken)
- Rupp, H.H. Die Bindung des Richters an das Gesetz
in: NJW 1973, S. 1769 (zit. Bindung)
- Sambuc, Th. Folgenerwägungen im Richterrecht
Berlin 1977 (zit. Folgenerwägungen)
- von Savigny, E. Zur Rolle der deduktiv-axiomatischen
Methode in der Rechtswissenschaft
in: Rechtstheorie, Herausgegeben von
Günter Jahr und Werner Maihofer,
Frankfurt am Main 1971, S. 315 (zit. Rolle)
- Soergel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch. Allgemeiner Teil
10. Aufl. Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz
1967
- Soergel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch. Schuldrecht I
10. Aufl. Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz
1967
- Spiro, K. Alte Rechtssprichwörter und modernes
Privatrecht
in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht
69 (1950), S. 121 (zit. Rechtssprich-
wörter)
- Schambeck, H. Der Begriff "Natur der Sache". Ein
Beitrag zur rechtsphilosophischen Grund-
lagenforderung
Wien 1964 (zit. Natur der Sache)
- Schelsky, H. Nutzen und Gefahren der sozialwissen-
schaftlichen Ausbildung von Juristen
in: JZ 1974, S. 410 (zit. sozialwissen-
schaftliche Ausbildung)
- Schlinck, B. In wie weit sind juristische Entscheidungen
mit entscheidungstheoretischen Modellen
theoretisch zu erfassen und praktisch zu
bewältigen?
in: Jahrbuch f. RT + RSoz. 2 (1972),
S. 322 (zit. Juristische Entscheidungen)
- Schlüter, W. Das Obiter dictum
München 1973 (zit. Obiter dictum)

- Schmid, R. Richter und Politik
in: Das Unbehagen an der Justiz
München 1975, S. 100 (zit. Richter)
- Schmidt, E. Staat und Recht in Theorie und Praxis
Friedrichs des Großen
in: Festschrift A. Schultze, Leipzig 1938,
S. 89
- Schmidt, J. Das Denken in Standards
in: ARSP 1973, S. 257 (zit. Denken)
- Schneider, E. Logik für Juristen
2. Aufl. München 1972 (zit. Logik)
- Schnur, R. (Hrsg.) Maurice Hauriou
Die Theorie der Institution (mit einem
Vorwort von R. Schnur)
Berlin 1965 (zit. Schnur, Institution)
- Schwerdtner, P. Rechtswissenschaft und kritischer
Rationalismus
in: Rechtstheorie 2 (1971), S. 67 ff
u. S. 224 ff (zit. Kritischer Rationalis-
mus)
- Stoll, H. Begriff und Konstruktion in der Lehre
der Interessenjurisprudenz
in: Beilage zu AcP Band 133 (1931), S. 60
(zit. Begriff der Konstruktion)
- Strache, K.-H. Das Denken in Standards
Berlin 1968 (zit. Denken)
- Struck, G. Dogmatische Diskussion über Dogmatik
in: JZ 1975, S. 84 (zit. Dogmatik)
- Struck, G. Interessenabwägung als Methode
in: Dubischar u.a., Dogmatik und Methode,
Kronberg/Ts. 1975, S. 171 (zit. Interes-
senabwägung)
- Struck, G. Topische Jurisprudenz
Frankfurt/M. 1971 (zit. Jurisprudenz)
- Tammelö, I./
Schreiner, H. Grundzüge und Grundverfahren der Rechts-
logik
München 1974 (zit. Rechtslogik)
- Teichmann, A. Rezension: Koller, A., Grundfragen einer
Typuslehre im Gesellschaftsrecht,
Freiburg/Schweiz 1967
in: RabelsZ 1968, S. 359 (zit. Typuslehre)

- Teubner, G. Standards und Direktiven in General-
klauseln
Frankfurt am Main 1971 (zit. Standards)
- Uyterhoeven, H. Richterliche Rechtsfindung und Rechts-
vergleichung
Bern 1959 (zit. Rechtsfindung)
- Varga, C. Les bases sociales du raisonnement
juridique
in: Hubien, H., Le raisonnement juridique,
Bruxelles 1971, S. 171 (zit. Raisonnement)
- Viehweg, Th. Topik und Jurisprudenz
5. Aufl. München 1974 (zit. Topik)
- Weinberger, O. Rechtslogik
Wien, New York 1970 (zit. Rechtslogik)
- Westermann, H.-P. Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit
im Recht der Personengesellschaften
Berlin-Heidelberg-New York 1970
(zit. Typengesetzlichkeit)
- Wieacker, F. Gesetzesrecht und richterliche Kunstregel
in: JZ 1957, S. 701 (zit. Gesetzesrecht)
- Wieacker, F. Gesetz und Richterkunst
Karlsruhe 1958 (zit. Richterkunst)
- Wieacker, F. Privatrechtsgeschichte der Neuzeit
2. Auflage Göttingen 1967 (zit. Privat-
rechtsgeschichte)
- Wieacker, F. Rezension: Canaris, C.-W., Systemdenken
und Systembegriff in der Jurisprudenz,
Berlin 1969
in: Rechtsatheorie 1 (1970), S. 107
(zit. Systemdenken)
- Wieacker, F. Ober strengere und unstrengere Verfahren
der Rechtsfindung
in: Festschrift W. Weber, Berlin 1974,
S. 421 (zit. Unstrengere Verfahren)
- Wieacker, F. Zur Topikdiskussion in der zeitgenössischen
deutschen Rechtswissenschaft
in: Festschrift P.J. Zepos, Athen, Frei-
burg/Br., Köln 1973, S. 391 (zit. Topik-
diskussion)

- Wiethölter, R. Rezension: Walter Ott, Die Problematik einer Typologie im Gesellschaftsrecht, Bern 1972
in: NJW 1973, S. 273 (zit. Typologie)
- Wolff, Ernst Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts
Köln - Bonn - Berlin - München 1973
(zit. Allgemeiner Teil)
- Wolff, H.-J. Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen
in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek München 1955, S. 33 (zit. Rechtsgrundsätze)
- Wolff, H.-J. Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft
in: Studium generale 5 (1952), S. 195 (zit. Typen)
- Zippeßius, R. Einführung in die juristische Methodenlehre
München 1971 (zit. Methodenlehre)
- Zippeßius, R. Problemjurisprudenz und Topik
in: NJW 1967, S. 2229 (zit. Problemjurisprudenz)
- Zippeßius, R. Die Verwendung von Typen in Normen und Prognosen
in: Festschrift für K. Engisch, Frankfurt 1969, S. 224 (zit. Typen)
- Zippeßius, R. Das Wesen des Rechts
2. Aufl. München 1969 (zit. Wesen)
- Zitelmann, E. Lücken im Recht
Leipzig 1903 (zit. Lücken)
- Zweigert, K. Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode
in: RabelsZ 15 (1949), S. 5 (zit. Universale Interpretationsmethode)

7. E N T S C H E I D U N G E N

LG Koblenz	Urt. v. 6.2.1973 - 6 S 102/72, NJW 1973, S. 706
LG Mannheim	Urt. v. 25.1.1973 - 12 S 26/72, NJW 1973, S. 712
LG Frankfurt/M.	Beschl. v. 1.2.1973 - 3/5 T 16/72, NJW 1973, S. 806
LG Arnsberg	Urt. v. 19.2.1973 - 3 S 109/72, NJW 1973, S. 1000
LG Düsseldorf	Urt. v. 21.2.1973 - 11a S 70/72, NJW 1973, S. 1047
LG Flensburg	Urt. v. 8.2.1973 - 1 S 320/72, NJW 1973, S. 1085
LG Heidelberg	Beschl. v. 8.1.1973 - 1a T 25/72, NJW 1973, S. 1088
LG Ravensburg	Urt. v. 12.4.1973 - 1 S 22/73, NJW 1973, S. 1126
LG Mainz	Beschl. v. 5.1.1973 - 8 T 243/72, NJW 1973, S. 1134
LG München I	Urt. v. 14.2.1973 - 15 S 459/72 NJW 1973, S. 1285
LG Hamburg	Urt. v. 6.2.1973 - 16 S 118/72 NJW 1973, S. 1287
LG Mönchengladbach	Urt. v. 10.4.1973 - 4 S 43/73, NJW 1973, S. 1330
LG Bonn	Urt. v. 8.1.1973 - 6 S 436/72, NJW 1973, S. 1375
LG Stuttgart	Beschl. v. 20.2.1973 - 2 T 55/73, NJW 1973, S. 1377
LG Waldshut	Urt. v. 8.3.1973 - 1 S 77/72, NJW 1973, S. 1417
LG Essen	Urt. v. 15.3.1973 - 10 S 691/72, NJW 1973, S. 1464
LG Frankfurt/M.	Urt. v. 17.4.1973 - 2/16 S 6/73, NJW 1973, S. 1502
LG München I	Urt. v. 28.3.1973 - 15 S 918/72 NJW 1973, S. 1617

LG Nürnberg-Fürth	Urt. v. 16.3.1973 - 11 S 443/72, NJW 1973, S. 1618
LG Essen	Urt. v. 9.5.1973 - 1 S 159/73, NJW 1973, S. 1703
LG Augsburg	Urt. v. 2.3.1973 - 4 S 304/72, NJW 1973, S. 1704
LG Hannover	Urt. v. 21.5.1973 - 8 S 330/72, NJW 1973, S. 1757
LG Bielefeld	Urt. v. 23.5.1973 - 2 S 340/72, NJW 1973, S. 1797
LG Bonn	Urt. v. 26.4.1973 - 8 O 96/73, NJW 1973, S. 1843
LG Regensburg	Urt. v. 15.3.1973 - S 9/73, NJW 1973, S. 1844
LG Braunschweig	Beschl. v. 14.5.1973 - 7 S 43/73, NJW 1973, S. 1846
LG Köln	Urt. v. 10.5.1973 - 2 O 44/71, NJW 1973, S. 1880
LG Düsseldorf	Urt. v. 11.7.1973 - 11a S 28/73, NJW 1973, S. 1930
LG Würzburg	Beschl. v. 26.6.1973 - 4 S 168/72, NJW 1973, S. 1932
LG Bonn	Beschl. v. 18.5.1973 - 13(6) S 15/73, NJW 1973, S. 1934
LG Tübingen	Urt. v. 29.5.1973 - 3 O 263/72, NJW 1973, S. 1975
LG Frankfurt	Beschl. v. 4.7.1973 - 2/9 T 573/73, NJW 1973, S. 1984
LG Aachen	Urt. v. 30.1.1973 - 1 R 280/72 NJW 1973, S. 2025
LG Karlsruhe	Urt. v. 6.4.1973 - O (Baul.) 44/72 NJW 1973, S. 2033
LG Bonn	Beschl. v. 1.3.1973 - 5 S 180/72, NJW 1973, S. 2069
LG Lüneburg	Urt. v. 17.5.1973 - 1 S 291/72, NJW 1973, S. 2113
LG Mönchengladbach	Urt. v. 31.7.1973 - 5 S 35/73, NJW 1973, S. 2114

LG Hagen	Beschl. v. 22.8.1973 - 11 HT 1/73, NJW 1973, S. 2162
LG Mönchengladbach	Urt. v. 28.6.1973 - 2 R 390/72, NJW 1973, S. 2165
LG Dortmund	Urt. v. 10.5.1973 - 8 O 87/73 Kart NJW 1973, S. 2212
LG Hamburg	Urt. v. 20.6.1973 - 17 S 333/72, NJW 1973, S. 2254
LG Essen	Urt. v. 22.2.1973 - 10 S 648/72, NJW 1973, S. 2290
LG Bonn	Urt. v. 15.6.1973 - 5 S 50/73, NJW 1973, S. 2292
LG Mainz	Urt. v. 20.6.1973 - 10 O 107/73, NJW 1973, S. 2294
LG Hamburg	Urt. v. 22.8.1973 - 15 O 413/73, NJW 1973, S. 2302
LG Ravensburg	Urt. v. 27.9.1973 - 1 S 148/73, NJW 1973, S. 2303
LG Krefeld	Beschl. v. 29.3.1973 - 4 T 27/73, NJW 1973, S. 2304
LG München I	Urt. v. 5.7.1973 - 9 O 254/73, NJW 1973, S. 2305
OLG München	5. ZS, Urt. v. 30.3.1965, 5 U 1133/64 OLGZ 1965, S. 17
OLG Braunschweig	2. ZS, Urt. v. 1.9.1965, 2 U 13/65 OLGZ 1965, S. 139
OLG Karlsruhe	5. ZS in Freiburg, Beschl. v. 4.8.1965, 5 W 35/65 OLGZ 1965, S. 255
Kammergericht	1. ZS, Beschl. v. 15.11.1965, 1 W 1870/65 OLGZ 1966, S. 90
OLG Köln	2. ZS, Urt. v. 15.9.1965, 2 U 21/65 OLGZ 1966, S. 132
OLG Köln	4. ZS, Urt. v. 29.3.1966, 4 U 207/65 OLGZ 1966, S. 265
OLG Köln	4. ZS, Urt. v. 23.9.1966, 4 U 254/65 OLGZ 1966, S. 392
OLG Celle	7. ZS, Urt. v. 20.1.1966, 7 U 122/65 OLGZ 1966, S. 395

OLG Hamm	4. ZS, Urt. v. 25.3.1966 4 U 220/65 OLGZ 1966, 520
OLG München	10. ZS, Urt. v. 30.9.1966, 10 U 1237/66 OLGZ 1967, 154
OLG Köln	4. ZS, Urt. v. 30.12.1966, 4 U 51/66 OLGZ 1967, 271
Kammergericht	8. ZS, Urt. v. 22.6.1967 8 U 407/67 OLGZ 1968, 19
OLG Karlsruhe	1. ZS, Urt. v. 18.10.1967 1 U 227 66 OLGZ 1968, 152
Kammergericht	1. ZS, Beschl. v. 31.8.1967 1 W 1562/67 OLGZ 1968, 183
OLG Köln	3. ZS, Urt. v. 5.12.1967 3 U 117/67 OLGZ 1968, S. 257
OLG Zweibrücken	1. ZS, Urt. v. 21.11.1967, 1 U 155 67 OLGZ 1968, S. 389
OLG München	14. ZS in Augsburg, Urt. v. 9.5.1968 14 U 533/67 OLGZ 1968, S. 408
OLG Karlsruhe	2. ZS, Urt. v. 5.7.1968, 2 U 187/67 OLGZ 1969, S. 146
Kammergericht	1. ZS, Beschl. v. 25.11.1968 1 W 3659/68 OLGZ 1969, S. 216
OLG Hamm	15. ZS, Beschl. v. 27.1.1969 15 W 485/68 OLGZ 1969, S. 278
OLG Celle	7. ZS, Urt. v. 20.2.1969 7 U 128/67 OLGZ 1969, S. 319
OLG Karlsruhe	2. ZS, Urt. v. 15.11.1968 2 U 88/68 OLGZ 1969, S. 327
OLG Zweibrücken	1. ZS, Urt. v. 25.6.1968 1 U 63/68 OLGZ 1969, 359
OLG Celle	13. ZS, Urt. v. 18.4.1969 13 U 223/68 OLGZ 1969, S. 417
Kammergericht	1. ZS, Beschl. v. 19.6.1969 1 W 2890/68 OLGZ 1970, S. 58
OLG Celle	7. ZS, Urt. v. 18.7.1969 7 U 238/68 OLGZ 1970, 130

OLG Saarbrücken	2. ZS, Urt. v. 17.3.1970 2 U 193/66 OLGZ 1971, S. 164
OLG Karlsruhe	11. ZS, Urt. v. 17.11.1970 11 U 127/69 OLGZ 1971, 332
OLG Düsseldorf	10. ZS, Urt. v. 12.7.1971 10 U 227/70 OLGZ 1972, S. 205
Kammergericht	12. ZS, Urt. v. 15.3.1971 12 U 1317/70 OLGZ 1972, S. 257
OLG München	9. ZS, Urt. v. 28.12.1971 9 U 1704/71 OLGZ 1972, 271
Kammergericht	12. ZS, Urt. v. 25.11.1971 12 U 1127/71 OLGZ 1972, S. 404
OLG München	9. ZS, Urt. v. 25.1.1972 9 U 1909/71 OLGZ 1972, S. 421
Kammergericht	8. ZS, Urt. v. 20.4.1972 8 U 1831/71 OLGZ 1973, S. 1
OLG Celle	9. ZS, Urt. v. 18.10.1972 9 U 76/70 OLGZ 1973, S. 197
Kammergericht	12. ZS, Urt. v. 2.11.1972 12 U 472/72 OLGZ 1973, S. 214
OLG München	21. ZS, Urt. v. 4.6.1973 21 U 4000/72 OLGZ 1973, S. 355
OLG München	5. ZS, Urt. v. 13.7.1973 5 U 1304/73 OLGZ 1973, S. 359
OLG Hamm	15. ZS, Beschl. v. 22.5.1973 15 W 46/73, OLGZ 1973, S. 405
Bundesgerichtshof	I. Zivilsenat, Urt. v. 5. Dezember 1950 I ZR 41/50 BGHZ 1,4
Bundesgerichtshof	I. Zivilsenat, Urt. v. 19. Dezember 1950 I ZR 62/50 BGHZ 1,31
Bundesgerichtshof	I. Zivilsenat, Urt. v. 2. Februar 1951 I ZR 25/50 BGHZ 1,128
Bundesgerichtshof	IV. Zivilsenat, Urt. v. 19. Februar 1951 IV ZR 39/50 BGHZ 1,181
Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat, Urt. v. 16. Mai 1951 II ZR 61/50 BGHZ 2,150

Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 23. Mai 1951 II ZR 71/50 BGHZ 2,176
Bundesgerichtshof	I. Zivilsenat. Urt. v. 29. Mai 1951 I ZR 87/50 BGHZ 2,237
Bundesgerichtshof	I. Zivilsenat. Urt. v. 15. Juni 1951 I ZR 5/51 BGHZ 2,336
Bundesgerichtshof	IV. Zivilsenat. Urt. v. 28. Juni 1951 IV ZR 93/50 BGHZ 2,379
Bundesgerichtshof	III. Zivilsenat. Urt. v. 12. Juli 1951 III ZR 168/50 BGHZ 3,94
Bundesgerichtshof	I. Zivilsenat. Urt. v. 30. Oktober 1951 I ZR 58/51 BGHZ 3,316
Bundesgerichtshof	III. Zivilsenat. Urt. v. 24. Januar 1952 III ZR 192/50 BGHZ 5,12
Bundesgerichtshof	I. Zivilsenat. Urt. v. 1. Februar 1952 I ZR 23/51 BGHZ 5,27
Bundesgerichtshof	Großer Senat für Zivilsachen. Beschl. v. 5. Februar 1952 GSZ 4/51 BGHZ 5,62
Bundesgerichtshof	I. Zivilsenat. Urt. v. 12. Februar 1952 I ZR 96/51 BGHZ 5,111
Bundesgerichtshof	IV. Zivilsenat. Urt. v. 21. Februar 1952 IV ZR 120/51 BGHZ 5,186
Bundesgerichtshof	I. Zivilsenat. Urt. v. 22. Februar 1952 I ZR 117/51 BGHZ 5,189
Bundesgerichtshof	IV. Zivilsenat. Urt. v. 3. April 1952 IV ZR 136/51 BGHZ 5,302
Bundesgerichtshof	I. Zivilsenat. Urt. v. 28. März 1952 I ZR 111/51 BGHZ 5,337
Bundesgerichtshof	I. Zivilsenat. Urt. v. 5. April 1952 I ZR 123/51 BGHZ 5,352
Bundesgerichtshof	I. Zivilsenat. Urt. v. 13. Mai 1952 I ZR 147/51 BGHZ 6,102
Bundesgerichtshof	V. Zivilsenat. Urt. v. 20. Juni 1952 V ZR 34/51 BGHZ 6,330

Bundesgerichtshof	IV. Zivilsenat. Beschl. v. 25. Juni 1952 IV ZB 42/52 BGHZ 6,342
Bundesgerichtshof	III. Zivilsenat. Urt. v. 26. Juni 1952 III ZR 305/51 BGHZ 6,348
Bundesgerichtshof	IV. Zivilsenat. Urt. v. 3. Juli 1952 IV ZR 108/51 BGHZ 6,385
Bundesgerichtshof	IV. Zivilsenat. Urt. v. 14. Juli 1952 IV ZR 28/52 BGHZ 7,123
Bundesgerichtshof	IV. Zivilsenat. Urt. v. 14. Juli 1952 IV ZR 74/52 BGHZ 7,134
Bundesgerichtshof	IV. Zivilsenat. Urt. v. 14. Juli 1952 IV ZR 81/52 BGHZ 7,143
Bundesgerichtshof	III. Zivilsenat. Urt. v. 25. September 1952 III ZR 322/51 BGHZ 7,198
Bundesgerichtshof	I. Zivilsenat. Urt. v. 30. September 1952 I ZR 83/52 BGHZ 7,238
Bundesgerichtshof	V. Zivilsenat. Urt. v. 10. Oktober 1952 V ZR 159/51 BGHZ 7,268
Bundesgerichtshof	V. Zivilsenat. Urt. v. 24. Oktober 1952 V ZR 119/51 BGHZ 7,346
Bundesgerichtshof	IV. Zivilsenat. Urt. v. 22. Januar 1953 IV ZR 6/51 BGHZ 8,344
Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 28. Januar 1953 II ZR 265/51 BGHZ 8,348
Bundesgerichtshof	I. Zivilsenat. Urt. v. 3. Februar 1953 I ZR 61/52 BGHZ 9,1
Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 25. Februar 1952 II ZR 108/52 BGHZ 9,94
Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 1. April 1953 II ZR 235/52 BGHZ 9,157
Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 1. April 1953 II ZR 88/52 BGHZ 9,195
Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 22. April 1953 II. ZR 143/52 BGHZ 9,273
Bundesgerichtshof	III. Zivilsenat. Urt. v. 7. Mai 1953 III ZR 140/51 BGHZ 10,1

Bundesgerichtshof	VI. Zivilsenat. Urt. v. 13. Mai 1953 VI ZR 78/52 BGHZ 10,18
Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 13. Mai 1953 II ZR 157/52 BGHZ 10,44
Bundesgerichtshof	IV. Zivilsenat. Urt. v. 21. Mai 1953 IV ZR 192/52 BGHZ 10,69
Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 11. Juli 1953 II ZR 126/52 BGHZ 10,187
Bundesgerichtshof	I. Zivilsenat. Urt. v. 3. Juli 1953 I ZR 216/52 BGHZ 10,205
Bundesgerichtshof	I. Zivilsenat. Urt. v. 6. Oktober 1953 I ZR 185/52 BGHZ 10,319
Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 28. Oktober 1953 II ZR 149/52 BGHZ 10,385
Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 28. Oktober 1953 II. ZR 78/53 BGHZ 11,16
Bundesgerichtshof	I. Zivilsenat. Urt. v. 13. November 1953 I ZR 140/52 BGHZ 11,80
Bundesgerichtshof	V. Zivilsenat. Urt. v. 22. Dezember 1953 V ZR 86/52 BGHZ 12,79
Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 20. Januar 1954 II ZR 155/52 BGHZ 12,105
Bundesgerichtshof	VI. Zivilsenat. Urt. v. 27. Januar 1954 VI ZR 16/53 BGHZ 12,154
Bundesgerichtshof	V. Zivilsenat. Urt. v. 16. Februar 1954 V BLW 60/53 BGHZ 12,286
Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 24. Februar 1954 II ZR 88/53 BGHZ 12,337
Bundesgerichtshof	V. Zivilsenat. Urt. v. 26. Februar 1954 V ZR 68/52 BGHZ 12,357
Bundesgerichtshof	IV. Zivilsenat. Urt. v. 25. März 1954 IV ZR 146/53 BGHZ 13,45
Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 31. März 1954 II ZR 333/53 BGHZ 13,67
Bundesgerichtshof	I. Zivilsenat. Urt. v. 23. April 1954 ZR I 139/53 BGHZ 13,115
Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 28. April 1954 II ZR 211/53 BGHZ 13,188

Bundesgerichtshof	Großer Senat für Zivilsachen. Beschl. v. 20. Mai 1954 GSZ 6/53 BGHZ 13,265
Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 29. Mai 1954 II ZR 223/53 BGHZ 13,346
Bundesgerichtshof	V. Zivilsenat. Urt. v. 4. Juni 1954 V ZR 18/53 BGHZ 14,1
Bundesgerichtshof	IV. Zivilsenat. Urt. v. 3. Juni 1954 IV ZR 218/53 BGHZ 14,7
Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 12. Juni 1954 II ZR 154/53 BGHZ 14,53
Bundesgerichtshof	I. Zivilsenat. Urt. v. 15. Juni 1954 I ZR 6/53 BGHZ 14,61
Bundesgerichtshof	III. Zivilsenat. Urt. v. 5. Juli 1954 III ZR 29/53 BGHZ 14,122
Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 14. Juli 1954 II ZR 278/53 BGHZ 14,274
Bundesgerichtshof	V Zivilsenat. Urt. v. 17. September 1954 V ZR 32/53 BGHZ 14,313
Bundesgerichtshof	I. Zivilsenat. Urt. v. 8. Oktober 1954 I. ZR 102/52 BGHZ 15,27
Bundesgerichtshof	IV. Zivilsenat. Urt. v. 21. Oktober 1954 IV ZR 171/52 BGHZ 15,87
Bundesgerichtshof	I. Zivilsenat. Urt. v. 19. November 1954 I ZR 241/52 BGHZ 15,209
Bundesgerichtshof	V. Zivilsenat. Urt. v. 19. November 1954 V ZR 90/53 BGHZ 15,216
Bundesgerichtshof	I. Zivilsenat. Urt. v. 14. Dezember 1954 I ZR 65/53 BGHZ 16,4
Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 18. Dez. 1954 II ZR 281/53 BGHZ 16,50
Bundesgerichtshof	I. Zivilsenat. Urt. v. 21. Dezember 1954 I ZR 36/53 BGHZ 16,82
Bundesgerichtshof	VI. Zivilsenat. Urt. v. 9. Februar 1955 VI ZR 286/53 BGHZ 16,265
Bundesgerichtshof	V. Zivilsenat. Urt. v. 18. Februar 1955 V ZR 108/53 BGHZ 16,334

Bundesgerichtshof	I. Zivilsenat. Urt. v. 11. März 1955 I ZR 82/53 BGHZ 17,13
Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 17. März 1955 II ZR 332/53 BGHZ 17,19
Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 26. Mai 1955 II ZR 256/54 BGHZ 17,317
Bundesgerichtshof	V. Zivilsenat. Urt. v. 14. Juni 1955 V ZR 120/53 BGHZ 17,366
Bundesgerichtshof	VI. Zivilsenat. Urt. v. 26. Oktober 1955 VI ZR 145/54 BGHZ 18,340
Bundesgerichtshof	I. Zivilsenat. Urt. v. 18. November 1955 I ZR 176/53 BGHZ 19,72
Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 28. November 1955 II ZR 153/54 BGHZ 19,153
Bundesgerichtshof	I. Zivilsenat. Urt. v. 2. Dezember 1955 I ZR 46/54 BGHZ 19,205
Bundesgerichtshof	I. Zivilsenat. Urt. v. 16. Dezember 1955 I. ZR 65/54 BGHZ 19,276
Bundesgerichtshof	I. Zivilsenat. Urt. v. 6. März 1956 I ZR 154/54 BGHZ 20,164
Bundesgerichtshof	V. Zivilsenat. Urt. v. 7. März 1956 V ZR 106/54 BGHZ 20,169
Bundesgerichtshof	V. Zivilsenat. Urt. v. 7. März 1956 V ZR 113/54 BGHZ 20,172
Bundesgerichtshof	V. Zivilsenat. Urt. v. 9. Mai 1956 V ZR 95/55 BGHZ 20,338
Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 28. Mai 1956 II ZR 77/55 BGHZ 20,385
Bundesgerichtshof	V. Zivilsenat. Urt. v. 30. Mai 1956 V ZR 200/54 BGHZ 21,30
Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 14. Juni 1956 II ZR 167/54 BGHZ 21,59
Bundesgerichtshof	I. Zivilsenat. Urt. v. 15. Juni 1956 I ZR 71/54 BGHZ 21,66
Bundesgerichtshof	I. Zivilsenat. Urt. v. 22. Juni 1956 I ZR 198/54 BGHZ 21,102

Bundesgerichtshof	V. Zivilsenat. Urt. v. 14. Juli 1956 V ZR 223/54 BGHZ 21,319
Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 29. Oktober 1956 II ZR 79/55 BGHZ 22,90
Bundesgerichtshof	V. Zivilsenat. Urt. v. 31. Oktober 1956 V ZR 177/55 BGHZ 22,128
Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 17. Dezember 1956 II ZR 47/56 BGHZ 22,375
Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 20. Dezember 1956 II ZR 166/55 BGHZ 23,10
Bundesgerichtshof	VII. Zivilsenat. Urt. v. 20. Dezember 1956 VII ZR 279/56 BGHZ 23,53
Bundesgerichtshof	VIII. Zivilsenat. Urt. v. 29. Januar 1957 VIII ZR 71/56 BGHZ 23,175
Bundesgerichtshof	V. Zivilsenat. Urt. v. 30. Januar 1957 V ZR 80/55 BGHZ 23,198
Bundesgerichtshof	V. Zivilsenat. Beschl. v. 5. Februar 1957 V BLw 37/56 BGHZ 23,249
Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 7. Februar 1957 II ZR 249/55 BGHZ 23,282
Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 14. Februar 1957 II. ZR 190/55 BGHZ 23,302
Bundesgerichtshof	VIII. Zivilsenat. Urt. v. 30. April 1957 VIII ZR 217/56 BGHZ 24,148
Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 27. Juni 1957 II ZR 299/55 BGHZ 25,34
Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 27. Juni 1957 II ZR 15/56 BGHZ 25,47
Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 11. Juli 1957 II ZR 318/55 BGHZ 25,134
Bundesgerichtshof	V. Zivilsenat. Beschl. v. 8. Oktober 1957 V BLw 12/57 BGHZ 25,293
Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 10. Oktober 1957 II ZR 278/56 BGHZ 25,300
Bundesgerichtshof	VIII. Zivilsenat. Urt. v. 22. Oktober 1957 VIII ZR 67/56 BGHZ 25,360

Bundesgerichtshof	V. Zivilsenat. Urt. v. 23. Oktober 1957 V ZR 219/55 BGHZ 25,390
Bundesgerichtshof	I. Zivilsenat. Urt. v. 25. Oktober 1957 I ZR 25/57 BGHZ 26,7
Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 7. November 1957 II ZR 280/55 BGHZ 26,31
Bundesgerichtshof	I. Zivilsenat. Urt. v. 15. November 1957 I ZR 83/56 BGHZ 26,52
Bundesgerichtshof	VII. Zivilsenat. Urt. v. 28. November 1957 VII ZR 42/57 BGHZ 26,142
Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 12. Dezember 1957 II ZR 52/56 BGHZ 26,161
Bundesgerichtshof	IV. Zivilsenat. Urt. v. 8. Januar 1958 IV ZR 173/57 BGHZ 26,217
Bundesgerichtshof	VII. Zivilsenat. Urt. v. 5. Mai 1958 VII ZR 130/57 BGHZ 27,215
Bundesgerichtshof	V. Zivilsenat. Urt. v. 9. Juli 1958 V ZR 202/57 BGHZ 28,110
Bundesgerichtshof	V. Zivilsenat. Urt. v. 1. Oktober 1958 V ZR 53/58 BGHZ 28,177
Bundesgerichtshof	V. Zivilsenat. Urt. v. 8. Oktober 1958 V ZR 54/56 BGHZ 28,225
Bundesgerichtshof	V. Zivilsenat. Urt. v. 12. November 1958 V ZR 124/57 BGHZ 28,330
Bundesgerichtshof	V. Zivilsenat. Urt. v. 3. Dezember 1958 V ZR 28/57 BGHZ 29,6
Bundesgerichtshof	V. Zivilsenat. Urt. v. 17. Dez. 1958 V ZR 135/57 BGHZ 29,113
Bundesgerichtshof	VIII. Zivilsenat. Urt. v. 8. Januar 1959 VIII ZR 174/57 BGHZ 29,148
Bundesgerichtshof	VII. Zivilsenat. Urt. v. 8. Januar 1959 VII ZR 26/58 BGHZ 29,157
Bundesgerichtshof	V. Zivilsenat. Beschl. v. 3. Februar 1959 V BLw 28/58 BGHZ 29,252
Bundesgerichtshof	VIII. Zivilsenat. Urt. v. 12. Februar 1959 VIII ZR 54/58 BGHZ 29,289

Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 12. März 1959 II ZR 180/57 BGHZ 29,385
Bundesgerichtshof	IV. Zivilsenat. Urt. v. 29. April 1959 IV ZR 265/58 BGHZ 30,140
Bundesgerichtshof	VI. Zivilsenat. Urt. v. 16. Juni 1959 VI ZR 95/58 BGHZ 30,203
Bundesgerichtshof	III. Zivilsenat. Urt. v. 25. Juni 1959 III ZR 54/58 BGHZ 30,232
Bundesgerichtshof	V. Zivilsenat. Urt. v. 15. April 1959 V ZR 3/58 BGHZ 30,273
Bundesgerichtshof	III. Zivilsenat. Urt. v. 28. September 1959 III ZR 112/58 BGHZ 31,5
Bundesgerichtshof	V. Zivilsenat. Urt. v. 14. Oktober 1959 V ZR 101/59 BGHZ 31,77
Bundesgerichtshof	VII. Zivilsenat. Urt. v. 12. November 1959 VII ZR 165/58 BGHZ 31,168
Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 17. November 1959 VII ZR 198/58 BGHZ 31,174
Bundesgerichtshof	VII. Zivilsenat. Urt. v. 26. November 1959 VII ZR 120/58 BGHZ 31,224
Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 14. Dezember 1959 II ZR 187/57 BGHZ 31,258
Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 25. Februar 1960 II ZR 125/58 BGHZ 32,76
Bundesgerichtshof	VII. Zivilsenat. Urt. v. 25. Februar 1960 VII ZR 17/59 BGHZ 32,97
Bundesgerichtshof	IV. Zivilsenat. Urt. v. 30. März 1960 IV ZR 249/59 BGHZ 32,124
Bundesgerichtshof	VI. Zivilsenat. Urt. v. 10. Mai 1960 VI ZR 35/59 BGHZ 32,280
Bundesgerichtshof	VII. Zivilsenat. Urt. v. 16. Mai 1960 VII ZR 206/59 BGHZ 32,302
Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 29. September 1960 II ZR 25/59 BGHZ 33,216

Bundesgerichtshof	VII. Zivilsenat. Urt. v. 7. November 1960 VII ZR 82/59 BGHZ 33,251
Bundesgerichtshof	VII. Zivilsenat. Urt. v. 17. November 1960 VII ZR 56/59 BGHZ 33,293
Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 27. Oktober 1960 II ZR 127/59 BGHZ 33,364
Bundesgerichtshof	V. Zivilsenat. Urt. v. 2. November 1960 V ZR 124/59 BGHZ 33,373
Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 16. Dezember 1960 II ZR 162/59 BGHZ 34,80
Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 2. Februar 1961 II ZR 178/59 BGHZ 34,216
Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 27. Februar 1961 II ZR 292/59 BGHZ 34,324
Bundesgerichtshof	I. Zivilsenat. Urt. v. 7. März 1961 I ZR 2/60 BGHZ 34,345
Bundesgerichtshof	VI. Zivilsenat. Urt. v. 14. März 1961 VI ZR 189/59 BGHZ 34,355
Bundesgerichtshof	VII. Zivilsenat. Urt. v. 22. Juni 1961 VII ZR 166/60 BGHZ 35,248
Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 6. Juli 1961 II ZR 219/58 BGHZ 35,272
Bundesgerichtshof	IV. Zivilsenat. Urt. v. 14. März 1962 IV ZR 253/61 BGHZ 37,38
Bundesgerichtshof	IV. Zivilsenat. Urt. v. 21. März 1962 IV ZR 102/61 BGHZ 37,51
Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 29. März 1962 II ZR 50,61 BGHZ 37,75
Bundesgerichtshof	VII. Zivilsenat. Urt. v. 5. April 1962 VII ZR 183/60 BGHZ 37,94
Bundesgerichtshof	V. Zivilsenat. Urt. v. 23. Mai 1962 V ZR 123/60 BGHZ 37,147
Bundesgerichtshof	V. Zivilsenat. Urt. v. 20. Juni 1962 V ZR 219/60 BGHZ 37,233
Bundesgerichtshof	VII. Zivilsenat. Urt. v. 12. Juli 1962 VII ZR 28/61 BGHZ 37,363

Bundesgerichtshof	V. Zivilsenat. Urt. v. 28. September 1962 V ZR 233/60 BGHZ 38,61
Bundesgerichtshof	V. Zivilsenat. Urt. v. 24. Oktober 1962 V ZR 1/61 BGHZ 38,122
Bundesgerichtshof	VII. Zivilsenat. Urt. v. 25. Oktober 1962 VII ZR 57/61 BGHZ 38,146
Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 29. Oktober 1962 II ZR 31/61 BGHZ 38,183
Bundesgerichtshof	VII. Zivilsenat. Urt. v. 31. Januar 1963 VII ZR 284/61 BGHZ 39,87
Bundesgerichtshof	VI. Zivilsenat. Urt. v. 5. März 1963 VI ZR 123/62 BGHZ 39,156
Bundesgerichtshof	VII. Zivilsenat. Urt. v. 2. Mai 1963 VII ZR 171/61 BGHZ 39,261
Bundesgerichtshof	VII. Zivilsenat. Urt. v. 12. Juni 1963 VII ZR 272/61 BGHZ 40,13
Bundesgerichtshof	VII. Zivilsenat. Urt. v. 11. Juli 1963 VII ZR 120/62 BGHZ 40,65
Bundesgerichtshof	V. Zivilsenat. Urt. v. 23. Oktober 1963 V ZR 146/57 BGHZ 40,197
Bundesgerichtshof	VII. Zivilsenat. Urt. v. 28. November 1963 VII ZR 112/62 BGHZ 40,320
Bundesgerichtshof	V. Zivilsenat. Beschl. v. 12. Dezember 1963 V BLw 32/63 BGHZ 40,334
Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 28. November 1963 II ZR 64/62 BGHZ 40,387
Bundesgerichtshof	VII. Zivilsenat. Urt. v. 30. Januar 1964 VII ZR 5/63 BGHZ 41,104
Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 17. Februar 1964 II ZR 98/62 BGHZ 41,151
Bundesgerichtshof	V. Zivilsenat. Urt. v. 26. Februar 1964 V ZR 105/61 BGHZ 41,157
Bundesgerichtshof	VIII. Zivilsenat. Urt. v. 23. März 1964 VIII ZR 287 62 BGHZ 41,215
Bundesgerichtshof	VII. Zivilsenat. Urt. v. 30. April 1964 VII ZR 156/62 BGHZ 41,318

Bundesgerichtshof	I b-Zivilsenat. Urt. v. 18. Dezember 1963 I b ZR 88/62 BGHZ 42,1
Bundesgerichtshof	VII. Zivilsenat. Urt. v. 18. Juni 1964 VII ZR 254/62 BGHZ 42,59
Bundesgerichtshof	Ib-Zivilsenat. Urt. v. 29. Mai 1964 Ib ZR 4/63 BGHZ 42,118
Bundesgerichtshof	V. Zivilsenat. Urt. v. 25. November 1964 V ZR 185/62 BGHZ 42,374
Bundesgerichtshof	VI. Zivilsenat. Urt. v. 8. Januar 1965 VI ZR 234/63 BGHZ 43,72
Bundesgerichtshof	VII. Zivilsenat. Urt. v. 18. Februar 1965 VI ZR 240/63 BGHZ 43,162
Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 8. Februar 1965 II ZR 171/62 BGHZ 43,235
Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 25. Februar 1965 II ZR 191/62 BGHZ 43,258
Bundesgerichtshof	V. Zivilsenat. Urt. v. 25. März 1965 V BLw 25/64 BGHZ 43,289
Bundesgerichtshof	V. Zivilsenat. Urt. v. 13. Juli 1965 V ZR 169/64 BGHZ 44,130
Bundesgerichtshof	VII. Zivilsenat. Urt. v. 29. November 1965 VII ZR 202/63 BGHZ 44,271
Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 15. November 1965 II ZR 31/65 BGHZ 44,303
Bundesgerichtshof	V. Zivilsenat. Urt. v. 11. Januar 1966 V ZR 160/65 BGHZ 44,367
Bundesgerichtshof	V. Zivilsenat. Urt. v. 25. Februar 1966 V ZR 126/64 BGHZ 45,179
Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 17. März 1966 II. ZR 282/63 BGHZ 45,204
Bundesgerichtshof	III. Zivilsenat. Urt. v. 6. Juni 1966 III ZR 167/64 BGHZ 45,290
Bundesgerichtshof	V. Zivilsenat. Urt. v. 9. November 1966 V ZR 176/63 BGHZ 46,221
Bundesgerichtshof	VII. Zivilsenat. Urt. v. 8. Dezember 1966 VII ZR 144/64 BGHZ 46,242

- Bundesgerichtshof V. Zivilsenat. Urt. v. 31. Januar 1967
V ZR 125/65 BGHZ 47,48
- Bundesgerichtshof II. Zivilsenat. Urt. v. 23. Februar 1967
II ZR 111/64 BGHZ 47,110
- Bundesgerichtshof V. Zivilsenat. Urt. v. 15. März 1967
V ZR 127/65 BGHZ 47,184
- Bundesgerichtshof III. Zivilsenat. Urt. v. 20. Februar 1967
III ZR 128/65 BGHZ 47,233
- Bundesgerichtshof V. Zivilsenat. Urt. v. 24. Februar 1967
V ZR 75/65 BGHZ 47,266
- Bundesgerichtshof VII. Zivilsenat. Urt. v. 2. März 1967
VII ZR 215/64 BGHZ 47,272
- Bundesgerichtshof II. Zivilsenat. Urt. v. 20. April 1967
II ZR 220/65 BGHZ 47,376
- Bundesgerichtshof V. Zivilsenat. Urt. v. 21. April 1967
V ZR 75/64 BGHZ 47,387
- Bundesgerichtshof VII. Zivilsenat. Urt. v. 25. April 1967
VII ZR 1/65 BGHZ 47,393
- Bundesgerichtshof VII. Zivilsenat. Urt. v. 15. Juni 1967
VII ZR 46/66 BGHZ 48,108
- Bundesgerichtshof VII. Zivilsenat. Urt. v. 18. September 1967
VII ZR 52/65 BGHZ 48,264
- Bundesgerichtshof V. Zivilsenat. Urt. v. 29. September 1967
V ZR 131/64 BGHZ 48,296
- Bundesgerichtshof V. Zivilsenat. Beschl. v. 25. Oktober 1967
V ZB 3/67 BGHZ 48,351
- Bundesgerichtshof V. Zivilsenat. Urt. v. 27. Oktober 1967
V ZR 153/64 BGHZ 48,396
- Bundesgerichtshof V. Zivilsenat. Urt. v. 24. Nov. 1967
V ZR 172/64 BGHZ 49,68
- Bundesgerichtshof V. Zivilsenat. Urt. v. 22. Dezember 1967
V ZR 11/67 BGHZ 49,148
- Bundesgerichtshof VIII. Zivilsenat. Urt. v. 6. März 1968
VIII ZR 221/65 BGHZ 49,388
- Bundesgerichtshof VIII. Zivilsenat. Urt. v. 27. März 1968
VIII ZR 10/66 BGHZ 50,32

Bundesgerichtshof	II. Zivilsenat. Urt. v. 25. März 1968 II ZR 208/64 BGHZ 50,112
Bundesgerichtshof	VII. Zivilsenat. Urt. v. 16. Mai 1968 VII ZR 40/66 BGHZ 50,175
Bundesgerichtshof	VII. Zivilsenat. Urt. v. 20. Mai 1968 VII ZR 80/67 BGHZ 50,191
Bundesgerichtshof	VIII. Zivilsenat. Urt. v. 29. Mai 1968 VIII ZR 77/66 BGHZ 50,200
Bundesgerichtshof	VIII. Zivilsenat. Urt. v. 10. Juli 1968 VIII ZR 120/66 BGHZ 50,312

L e b e n s l a u f

Am 4. Juli 1946 wurde ich als zweites Kind des Industriekaufmanns Anton Große-Wentrup und seiner Ehefrau Luzie, geb. Schürmann, in Beelen bei Warendorf geboren.

Nach dem am 23.2.1966 an einem neusprachlichen Gymnasium in Dortmund bestandenen Abitur und der Ableistung des Wehrdienstes studierte ich zunächst drei Semester an der Georg-August-Universität in Göttingen und sodann fünf Semester an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster Rechtswissenschaft; am 21.4.1972 bestand ich das 1. jur. Staatsexamen vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Hamm.

Im Anschluß daran war ich in den Jahren 1972 bis 1975 als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster tätig; mit Beginn der Referendarzeit Anfang 1975 wechselte ich über an den Lehrstuhl für Rechtstheorie und Zivilrecht von Prof. Dr. Jürgen Schmidt. Nach Abschluß des 2. jur. Staatsexamens am 21.11.1978 beim Justizministerium in Düsseldorf wurde ich zunächst als Rechtsanwalt bei dem Landgericht Dortmund zugelassen und bin nunmehr als Rechtsanwalt bei dem Oberlandesgericht Hamm tätig.

Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

